Die

Präsumtion im Prozeß.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Juristenfakultät der Universität Rostock
vorgelegt von

Referendar Walther Johannssen
aus Hamburg.

Hamburg 1909
Druck von Hans Füßlein, Hamburg 8, Grimm 12.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld.

Inhalt.

Einleitung.

Einleitung.

§ 1.

Die Lehre von den Präsumtionen in der Rechtswissenschaft.

Die Lehre von den Präsumtionen ist von der Rechtswissenschaft in älterer Zeit stiefmütterlich behandelt worden. Es war zur Entwicklung der Wissenschaft des materiellen Rechts soviel Arbeit zu leisten, daß man den Präsumtionen, von denen man nicht genau wußte, ob sie dem materiellen oder dem prozessualen Recht angehörten, keine gründliche Behandlung zuteil werden lassen konnte. Man befaßte sich auch ungern mit diesen Rechtssätzen, die dem Streben des Rechtslebens zuwider statt Gewißheiten nur Wahrscheinlichkeiten bringen. Erwähnt werden mußten sie, da sie nun mal, einem Bedürfnis des praktischen Lebens entsprechend da waren. Aber man begnügte sich mit einem Hinweis auf sie an den Stellen des materiellen Rechts, an die sie sich anschließen, und besprach ihre Wirkung im Prozeß, wenn man den Beweis behandelte. Dabei erwarteten unter den Gelehrten die Prozessualisten von den Materialisten und umgekehrt die Materialisten von den Prozessualisten eine genauere Erforschung dieses Rechtsgebildes. Und die Folge war, daß eine solche überhaupt unterblieb. Eine vollständige Darstellung der Präsumtionen als eines besonderen Rechtsinstituts gab es nicht bis zum Jahre 1866,

in welchem ein Werk von Burckhard unter dem Titel: Die zivilistischen Präsumtionen, Weimar 1866, erschien. In den nächsten Jahren kam manche Bemerkung zu seiner Kritik, jedoch keine weitere monographische Behandlung des Themas, bis die große Reform unserer Zivilgesetzgebung einen vollständigen Umschwung der Dinge bewirkte. Jetzt war für die gesamte Rechtswissenschaft eine neue Grundlage geschaffen. Infolgedessen war einerseits alles vor ihrer Zeit Geschriebene veraltet und zu bloßem rechtsgeschichtlichen Material hinabgesunken. Andererseits war die Technik dieser neuen Gesetzgebung unvergleichlich besser als die der alten und somit für die Rechtswissenschaft, die doch immer auf dem zu ihrer Zeit vorliegenden Gesetzesrecht sich aufbaut, eine festere Basis gegeben.

So datiert denn von den letzten Jahren des 19. Jahrhunderts ein immer steigendes Interesse der Rechtswissenschaft für die Grenzgebiete zwischen dem materiellen und prozessualen Recht. Die Entwicklung des Rechts war für den Augenblick zum Stillstand gekommen. Man gewann Zeit und Lust, sich dem inneren Ausbau des Rechtssystems zuzuwenden. Es erschien u. a. eine reichhaltige Literatur über das Beweislastproblem, und auch über die Lehre von den Präsumtionen brachte uns das Jahr 1904 eine Schrift von Hedemann, betitelt: Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reiches.[1]) Diese Arbeit stellt eine vollständige Monographie der Präsumtionen dar, indem sie in drei

[1]) Dr. J. W. Hedemann in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. XI Heft 2. Fischer. Jena 1904.

Teilen die geschichtliche Entwicklung, eine allgemeine Dogmatik des Begriffs Vermutung und dessen Stellung zur Lehre von der Beweislast und schließlich eine besondere Dogmatik der Vermutung im technischen Sinne gibt. In den folgenden Jahren ist manches hinzugefügt, bestritten, beistimmend und abfällig kritisiert worden. Eine ähnlich zusammenfassende Abhandlung jedoch ist bis zum heutigen Tag unseres Wissens nicht erschienen.

Auch unsere Aufgabe soll es nicht sein, eine solche zu liefern. Nur das Erscheinen der Präsumtionen im Prozesse ist unser Thema. Damit greifen wir aus der ganzen Lehre den Punkt, den wir für den wichtigsten halten, heraus, um ihn einer Sonderbehandlung zu unterwerfen. Alles, was nicht unmittelbar auf ihn Bezug hat, lassen wir beiseite. So verzichten wir darauf, eine geschichtliche Entwicklung des in Frage stehenden Rechtsinstituts zu geben, berücksichtigen selbstverständlich aber die Rechtsgeschichte, wo dies zum Verständnis unseres heutigen Rechts nötig ist. Ferner liegt nicht eine Aufzählung der einzelnen in unseren Gesetzen enthaltenen Präsumtionen im Rahmen unserer Arbeit. Wir haben nicht zu untersuchen, welche einzelnen Präsumtionen in bestimmten Rechtsverhältnissen zur Wirkung kommen und wie weit sie das materielle Recht bei der Geltendmachung der aus ihm hervorgehenden Ansprüche zu beeinflussen vermögen. Die Behandlung solcher Fragen gehört in die Lehrbücher und Kommentare zu den einzelnen Gesetzesvorschriften, in denen Präsumtionen vorkommen. Uns liegt hier nur ob darzustellen, welches Wesen die Präsumtion allgemein als Rechtsinstitut im Prozesse hat.

Wir werden zunächst versuchen, den Begriff Präsumtion zu entwickeln, dann die verschiedenen Einteilungen besprechen. Hiernach wird die Stellung im Prozesse, die der Präsumtion gemäß ihrer Wirksamkeit zukommt, darzulegen sein.

Erstes Kapitel.

Begriff und Einteilungen.

§ 2.

Die Präsumtion als Schluß von einem Tatbestand auf einen andern.

Das Wort Präsumtion, oder, wie der ganz und gar entsprechende deutsche Ausdruck lautet, Vermutung, bezeichnet, wenn wir von den geschichtlichen Wandlungen absehen und nur den heutigen Sprachgebrauch berücksichtigen, den Erfolg einer menschlichen Geistestätigkeit, und zwar ein Resultat des Denkens. Dieses kommt in folgender Weise zustande. Eine besondere Form des logischen Denkens ist die Schlußfolgerung. Hierbei wird aus zwei Prämissen oder Obersätze, die gemäß den Lehren der Logik eine besondere Beschaffenheit haben müssen, mit zwingender Notwendigkeit eine conclusio oder Schlußsatz gefolgert. Das bekannte Schulbeispiel ist:

1. Prämisse: Alle Menschen müssen sterben.
2. Prämisse: Gaius ist ein Mensch.

Conclusio: Gaius muß sterben.

Hier ist die erste Prämisse ein allgemeiner Erfahrungssatz, dessen Richtigkeit durch Beobachtung der tatsächlichen Ereignisse festgestellt ist. Er hat sich gebildet in der urteilenden Vernunft des Menschen durch die Erinnerung der oftmaligen Beobachtung eines konkreten Urteils. Paulus hat sterben müssen, Seius hat sterben müssen usw. Also ist es richtig,

in einer abstrakten Regel zu sagen, daß alle Menschen sterben müssen.

Wenn so das Urteil, welches der Erfahrungssatz enthält, sich als eine sichere Grundlage darstellt, ist der Schluß zwingend. Ist das aber nicht der Fall, muß der den Schluß ziehende Mensch zugeben, daß die erste Prämisse nicht unbedingt richtig ist, so ist er nicht berechtigt, den Schlußsatz als zwingend hinzustellen, sondern kann nur in vorsichtiger Weise sagen, daß er wahrscheinlich richtig ist, daß aber das Gegenteil auch möglich ist. Diese Schlußfolgerung nennt man eine Vermutung. Sie knüpft also an einen Erfahrungssatz an, dessen regelmäßige, aber nicht absolute Richtigkeit feststeht.

Solche Sätze bietet das Leben in ungeheurer Anzahl, schon deshalb, weil der Mensch mit seinem beschränkten Erkennungsvermögen es kaum wagen kann, unbedingt richtige Erfahrungssätze aufzustellen. Man begegnet ihnen auf Schritt und Tritt, denn immer, wenn man zwei Tatbestände oft sich äußerlich an einander hat anknüpfen sehen, wird man geneigt sein, wenn man den primären trifft, auf das Vorhandensein des sekundären zu schließen. Dabei ist man aber darauf gefaßt, daß im vorliegenden Fall die allgemeine Regel gerade versagt hat und der vermutete sekundäre Tatbestand nicht eingetreten ist. Demnach finden wir als Schema einer Vermutung:

Wenn a, dann b (allgemeiner, aber nicht unbedingt richtiger Erfahrungssatz).

A liegt vor. (der konkrete Fall des primären Tatbestands).

Folglich liegt auch vor B (der konkrete Fall des sekundären Tatbestands)

aber wir sind bereit zu hören, daß hier ausnahmsweise B nicht vorliegt.

Jedoch diese Bereitschaft ist nicht dieselbe, mit der wir sonst der Behauptung einer uns als glaubwürdig bekannten Person Glauben beimessen. Vielmehr verlangen wir ein darüber hinausgehendes Maß von Gründen, wenn wir unsere Vermutung als unrichtig fallen lassen sollen. Der Schluß aus dem allgemeinen Erfahrungssatz sitzt gewissermaßen in unserer Ueberzeugung fest und muß erst durch wuchtige Schläge wieder erschüttert werden. Seine Festigkeit hängt dabei ab von dem mehr oder minder großen Wert, den wir dem Erfahrungssatz in bezug auf seine Richtigkeit beimessen. Je näher wir ihn dem unbedingt richtigen Urteil stellen, desto mehr Gegenbeweise sind nötig. Es behauptet jemand z. B., er habe jemanden gekannt, der größer als zwei Meter gewesen sei. Nun ist aber die allgemeine Erfahrung, daß die Menschen kleiner sind, wenn auch zugegeben ist, daß sie die angegebene Größe erreichen können. Also wird man dem Behauptenden zunächst nicht glauben, sondern Beweise fordern zur Erhärtung der Behauptungen. Die Franzosen sind im allgemeinen von weit geringerer Körpergröße, während es bei uns nicht gar so selten ist, daß jemand nahe an zwei Meter herankommt. Demgemäß wird ein Franzose sich schwerer überzeugen lassen als wir. Aber auch uns erscheint eine derartige Behauptung als der Vermutung widersprechend nur nach besonderer Beweisführung glaubwürdig. Allerdings werden wir ein

geringeres Maß von Beweisen fordern als der Franzose im gleichen Fall. Aber wir verlangen doch auch mehr Beweise, als wenn der Erzählende sonst eine Behauptung aufstellte, gegen deren Richtigkeit wir nicht durch eine Vermutung eingenommen sind. Und dieses Fordern eines Mehrs ist das Wesentliche bei einer bestehenden Vermutung.

§ 3.
Die Präsumtion als Rechtssatz.

Dieses Gebilde der logischen Denktätigkeit kann mit einem Gesetzesbefehl ausgestattet und so in den Kreis der Rechtssätze erhoben werden. Das ist ein Vorgang, der verwunderlich ist und mit dem Umstand unvereinbar zu sein scheint, daß das Recht sich auf Gewißheiten aufbauen muß. Aber dies kann uns die gesetzlichen Vermutungen nur um so interessanter machen, da wir einmal vor der Tatsache stehen, daß sie sich einen festen Platz im Gesetz erobert haben und unentbehrlich sind. Wenn wir ihre juristische Natur bearbeiten wollen, müssen wir sie natürlich zuerst von den Vermutungen abscheiden, die nicht die gesetzliche Sanktion erhalten haben. Das ist heute leicht geschehen, denn nur die, aber auch alle die Vermutungen, die in unseren Gesetzbüchern vorkommen, sind die gesetzlichen. An sich wäre ja auch denkbar, daß eine Vermutung durch Gewohnheitsrecht zum Rechtssatz gestempelt sei; aber da die Partei, der die Vermutung ungünstig wäre, im Fall der Geltendmachung durch die andere Partei, immer natürlich ihre Rechtsüberzeugung leugnen würde, ist wohl die

Bildung von Gewohnheitsrecht auf diesem Gebiet sehr erschwert. Jedenfalls fürchten wir den Vorwurf nicht, wir hätten eine gewohnheitsrechtliche Vermutung übersehen. Demnach sind heute ohne weiteres die gesetzlichen Vermutungen gekennzeichnet und von den Vermutungen des täglichen Lebens getrennt. Bevor unser bürgerliches Recht kodifiziert war, lag hier schon eine große Schwierigkeit, denn man konnte vernünftigerweise nicht allen im corpus iuris enthaltenen Vermutungen die Eigenschaft eines Rechtssatzes beilegen. Es war schon eine schwere Aufgabe, die Scheidung, die heute so leicht ist, vorzunehmen; und es ist hier auch wohl ein Hauptgrund zu finden, warum die gemeinrechtliche Wissenschaft erst so spät und auch dann nicht mit zufriedenstellendem Resultat die gesetzlichen Präsumtionen bearbeitet hat. Man glaubte schon, eine gute Arbeit erledigt zu haben, wenn man die Trennung in praesumtiones iuris und praesumtiones facti, Bezeichnungen, welche den unsrigen: gesetzliche Vermutungen und solche des täglichen Lebens oder bloße Erfahrungsvermutungen entsprachen, vorgenommen hatte.[1])

Im Nachfolgenden soll der Einfachheit halber unter dem Ausdruck Vermutung immer nur eine zum Rechtssatz erhobene Vermutung verstanden sein. Die im Gegensatz stehenden Vermutungen des täglichen Lebens werden wir vorkommendenfalls als solche hervorheben. Die Verwandlung zur Präsumtion, die wir bis jetzt als eine vollzogene Tatsache hingenommen haben, muß aber noch Gegen-

---

[1]) Vgl. Burckhards Ausführungen S. 185 ff.

stand einer kurzen Betrachtung sein, damit wir sehen, ob und warum diese Verleihung der Rechtskraft so leicht vor sich geht.

Das Recht ist ein Gebilde von Begriffen. Es ist nichts Greifbares, sondern existiert nur in und durch die Vorstellungskraft der Menschen. Alles Recht baut sich auf Tatsachen, das heißt äußeren Geschehnissen auf. Jedoch diese selbst enthalten noch kein Recht. Die Beziehungen der Tatsachen, die der abstrahierende Geist des Menschen schafft, sind der Stoff, den der Mensch durch das Gesetz zum Recht formt. Die Tatsache, daß ein Sturm wütet, ist als solche nicht vom Recht zu erfassen. Erst wenn der Sturm in der Gedankenwelt als beeinflussendes Moment auftritt, z. B. durch Verhinderung der Schiffahrt es einem Menschen unmöglich macht, seine Verpflichtungen ordnungsgemäß zu erfüllen, gelangt er in den Kreis der Rechtsbetrachtung. Hier aber verliert er seine Bedeutung als der Sturm von dem und dem Tage, sondern das Gesetz, das für die Zukunft sorgt und nicht weiß, wann ein solcher Sturm mit solchen Folgen wieder eintreten wird, spricht jetzt generell von „einem" Sturm, oder es nimmt gar den noch umfassenderen Begriff: unabwendbares Naturereignis. Demgemäß finden wir, daß das Gesetz allgemein bestimmte Tatsachengruppen einander gegenüberstellt und ihre Beziehungen als von ihm gewollte Rechtsfolgen festlegt.

Genau dasselbe tut aber die Erfahrung des täglichen Lebens, wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben. Sie stellt den allgemeinen Satz auf, daß ein Tatbestand von der Art a regelmäßig, aber nicht ausnahmslos be-

gleitet wird von einem sekundären Tatbestand der Art b. Und weil diese Gleichheit schon da ist, kann ohne weitere abstrahierende Tätigkeit, die sonst bei der Bildung von Rechtssätzen nötig ist, eine Vermutung des täglichen Lebens mit dem Gesetzesbefehl ausgestattet werden. So ist die große Ähnlichkeit der beiden Arten von Vermutungen erklärlich. Wenn wir also auf unser früheres Schema zurückgreifen, so sehen wir, daß der Satz: Wenn a, dann b, so wie er ist, Gesetz werden kann. Die weitere Schlußfigur, die vorhin aus irgend einem Bedürfnis des praktischen Lebens ein beliebiger Mensch aufbaute, wird jetzt der Mensch sich konstruieren, an den sich der Gesetzesbefehl richtet. Dieser wird hinzufügen: Ich habe festgestellt, daß A vorliegt; also muß ich nach dem Gesetz schließen, daß B vorliegt, muß aber gleichzeitig bereit sein festzustellen, daß hier B ausnahmsweise nicht vorliegt.

Ebenso aber wie bei der Vermutung des täglichen Lebens kann, damit der der Präsumtion gehorchende Mensch zu der Überzeugung übergeht, daß B doch nicht vorliegt, ein Beweis genügen, wie er ihm sonst bei einer Behauptung ausreichend erscheint. Er darf nicht einer unsicheren Beweisführung nachgeben. Das verbietet ihm der Gesetzesbefehl. Erst wenn durchaus triftige Gegenbeweisgründe vorgebracht sind, darf er entscheiden, daß B nicht vorliegt. Auf seiner freien Überzeugung lastet gewissermaßen die Präsumtion mit dem Gewicht ihres Befehls, so daß der den Gegenbeweis führende nicht die gewöhnliche Beweisarbeit zu leisten hat, sondern dazu die ganze Last der Präsumtion beseitigen muß.

Um eine kurze Bezeichnung zu haben, nennen wir den Teil „wenn a“ der Präsumtion die Präsumtionsbasis, auf Grund derer der Tatbestand b präsumiert wird.

Die Präsumtion, und zwar die des täglichen Lebens wie die gesetzliche, schafft also ein gewisses Übergewicht in der durch ihren zweiten Teil bestimmten Richtung hin. Bei den allgemein menschlichen Vermutungen sahen wir, daß das Maß dieses Übergewichts sich nach unserer subjektiven Meinung bestimmt, je nachdem, welchen Grad zwischen Wahrscheinlichkeit und unbedingter Richtigkeit wir der Vermutungsbasis zuerteilen. Bei den gesetzlichen Vermutungen tritt an die Stelle des subjektiven Urteils die objektive Rechtsnorm. Wir erwarten also eine positive Bestimmung hierüber und suchen sie an der Stelle, wo im Gesetz das Erscheinen der Präsumtion im Prozesse behandelt ist. Es ist dies der § 292 Z.P.O., zugleich der einzige, der von den Präsumtionen spricht. Er lautet:

> Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt. Dieser Beweis kann auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der §§ 445 ff. geführt werden.

Zunächst entnehmen wir ihm, daß der Beweis des Gegenteils einer Vermutung zulässig ist, sofern nicht das Gesetz dieses verbietet. Der Nachsatz: sofern nicht usw. ist für uns unbeachtlich, da das B.G.B., auf das wir ja unsere Erörterungen beschränken wollen, bei keiner Ver-

mutung bestimmt, daß ein Beweis des Gegenteils nicht geführt werden dürfe. Für unsere Zwecke können wir nur die Vorschrift brauchen, daß der Beweis des Gegenteils zulässig ist.

Diese Vorschrift aber kann uns nicht befriedigen, da sie zwar bestimmt, daß eine Vermutung durch einen Beweis entkräftet werden kann, aber nichts über die positive Wirkung sagt, wenn für eine Tatsache eine Präsumtion besteht.

Diese Lücke ist erst entstanden, als anläßlich des Erscheinens des B.G.B. die Z.P.O. revidiert wurde. In der alten Z.P.O. lautete der entsprechende Satz als § 16 Nr. 1 des Einführungsgesetzes:

> Unberührt bleiben die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Tatsache unter Ausschließung des Gegenbeweises oder bis zum Beweise des Gegenteils als gewiß anzusehen ist.
>
> Insoweit der Beweis des Gegenteils zulässig ist, kann dieser Beweis auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der §§ 410 ff. der Z.P.O. geführt werden.

Uns interessiert hier nur die Bestimmung der Wirksamkeit einer Vermutung, daß eine Tatsache bis zum Beweise des Gegenteils als gewiß anzusehen ist. Nach der Begründung heißt dies soviel, als daß die Tatsache keines Beweises bedarf (S. 212 des Entwurfs).

Als der erste Entwurf zum B.G.B. heraus kam,

stand darin als § 198 des 10. Abschnitts: „Beweis“ des ersten Buches die Vorschrift:

> Wenn das Gesetz vorschreibt, daß eine Tatsache vermutet werde, so gilt dieselbe für erwiesen; es ist jedoch der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht ein Anderes vorgeschrieben ist.

Statt: als gewiß anzusehen ist haben wir also die Wendung: gilt als erwiesen.

Der ganze Abschnitt wurde jedoch im zweiten Entwurf gestrichen als überwiegend wissenschaftlichen Inhalts. Dagegen sollte unter Aufhebung der Nr. 1 des § 16 E.G. Z.P.O. folgende Vorschrift in Artikel 11 des Entwurfs des E.G. als § 264a der Z.P.O. eingestellt werden:

> Tatsachen, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, bedürfen keines Beweises. Der Beweis des Gegenteils ist zulässig, sofern nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt. Dieser Beweis kann auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der §§ 410 ff. geführt werden.

Hier ist man zu der Wendung der Begründung des Entwurfs zum Einführungsgesetz der alten Z.P.O. zurückgekehrt: bedürfen keines Beweises. Jedoch in dem Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderungen der Z.P.O. stand unter der Nr. 76:

> Als § 264a werden folgende Vorschriften eingestellt: Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern nicht das Ge-

setz ein Anderes vorschreibt. Dieser Beweis kann auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der §§ 410 ff. geführt werden.

Und in dieser Fassung wurde der Paragraph angenommen und erhielt in der neuen Z.P.O. die Nr. 292.

Bei der Herübernahme der Vorschrift betr. den Beweis durch Vermutungen und seinen Gegenbeweis aus dem ersten Entwurf des B.G.B. in die Z.P.O. ist also der Satz über die positive Wirksamkeit der Präsumtion ausgefallen. Warum dies geschehen sei, darüber gibt die Begründung keine Auskunft. Sie sagt nur (S. 106), daß die Bestimmung des § 16 Nr. 1 der alten Z.P.O. infolge der Umgestaltung des bürgerlichen Rechts nicht mehr an der bisherigen Stelle verbleiben könne und durch § 264 a des Entwurfs ersetzt werde. Im Kommissionsbericht und in den Plenarberatungen des Reichstags ist der § 264 a, soviel wir sehen, nicht erwähnt .worden. Er wurde schließlich ohne Diskussion so angenommen, wie ihn der Entwurf formuliert hatte.

Suchen wir nach einer Erklärung der Verkürzung des § 292 gegenüber der früheren Bestimmung, so scheint sie uns in den Worten Seufferts zu liegen, mit denen er in der Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß[1]) den § 264 a des Entwurfs kritisierte. Seuffert schreibt wörtlich: „Den neuen § 264 a halte ich für entbehrlich. Daß Tatsachen,

[1]) Zur Revision der Zivilprozeßordnung bei Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches von L. Seuffert. Ztschr. f. d. d. Zp. Bd. XXII S. 332.

für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, keines Beweises bedürfen, braucht doch wohl nicht im Gesetze gesagt zu werden. Was soll denn die Vermutung anders bedeuten?" Wir möchten annehmen, daß Seufferts Ansicht von den den Entwurf bearbeitenden Gelehrten als richtig anerkannt wurde.[1][2]) Vielleicht aber hat man auch der Wissenschaft die Frage nach der Wirksamkeit einer Präsumtion zur Entscheidung überlassen wollen. Jedenfalls liegt die Sache heute so, daß das Gesetz darüber keine ausdrückliche Vorschrift bietet.

Wir müssen uns also zunächst mit der allgemeinen Erkenntnis begnügen, daß die Präsumtion ihrem Begriffe nach ein gewisses Übergewicht schafft. Bei Vorliegen der Präsumtionsbasis wird ein anderer Tatbestand vorerst als

---

1) Hedemann, Vermutung S. 128, glaubt nicht, daß Seuffert das „verbliebene Bruchstück" billigen würde. Demgegenüber weisen wir darauf hin, daß Seuffert weiter vorschlägt, die anderen Sätze über den Beweis des Gegenteils in E.G. Z.P.O. § 16 Nr. 1 stehen zu lassen. Daraus geht hervor, daß Seuffert die Bestimmung der Wirkung der Vermutung tatsächlich für überflüssig hält, eine Bestimmung über den Gegenbeweis aber, und damit das heutige Bruchstück haben will.

2) Beckh, Beweislast S. 91, hält den § 292 ebenfalls für überflüssig, da alles genau ebenso wäre, wenn er nicht daſtände. Das ist jedenfalls zuviel gesagt. Die Bestimmung des Abs. 2 ist durchaus nötig. Denn sonst erhebt sich wieder die Frage, ob Eideszuschiebung gestattet sei. Z. B. schreibt Burckhard, also für den gemeinen Zivilprozeß, als unzweifelhaft sicher: Man „darf über die zur Begründung seines Anspruchs gehörigen Tatsachen, deren Gegenteil rechtlich präsumiert wird, nicht den Eid deferieren" (a. a. O. S. 314).

wahr unterstellt. Es kann bewiesen werden, daß diese Annahme der Wahrheit widerspricht und demnach unberechtigt ist. Aber dieser Beweis des Gegenteils ist mit einer besonderen Schwierigkeit belastet.

§ 4.
Ausscheidung ähnlicher Rechtsinstitute.

Diese allgemeine Einsicht setzt uns jedoch schon in den Stand, die Präsumtion von ähnlichen Rechtsinstituten zu trennen. Leicht und daher oft verwechselt werden die Präsumtionen mit den Fiktionen und den Auslegungs- und Dispositiv-Vorschriften. Fiktionen sind bekanntlich Sätze des materiellen Rechts, durch die „an einen bestimmten Tatbestand (Fiktionsbasis) dieselben Rechtsfolgen geknüpft werden, die ein anderer Tatbestand (fingierter Tatbestand) hat.“[1]) Eine solche Fiktion in einfacher Gestalt bietet der § 1923 Abs. 2 B.G.B.:

> Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren.

Fiktionsbasis ist, daß jemand zur Zeit des Erbfalls noch im Mutterleibe ist, fingierter Tatbestand, daß er schon lebt, so daß die Rechtsfolge der Erbfähigkeit (§ 1923 Abs. 1) eintritt.

Der wesentliche Unterschied von den Präsumtionen ist der, daß für einen Beweis des Gegenteils kein Platz ist.

---

[1]) Fr. Bernhöft, Fiktionen S. 1.

Es ist sogar der deutliche Sinn der Fiktion, daß ein offenbar unwahrer Tatbestand in bezug auf seine Rechtsfolgen als vorhanden angenommen werden soll, und zwar nicht vorläufig, sondern unbedingt. Das Gesetz stellt sich in bewußtem Gegensatz zu der materiellen Wahrheit. Bei der Präsumtion ist dagegen immer noch die Möglichkeit, daß sie zum Sieg kommt.

In der gemeinrechtlichen Wissenschaft sprach man allerdings auch von praesumtiones iuris et de iure. Sie sollten sich von den regelmäßigen praesumtiones iuris dadurch unterscheiden, daß gegen sie der Beweis des Gegenteils unzulässig sei. Wir haben die Möglichkeit dieses Beweises als essentielles Merkmal der Präsumtionen erkannt und können daher die praesumtiones iuris et de iure nicht mehr als Präsumtionen bezeichnen. Es ist allgemein anerkannt, daß man sie besser Fiktionen nennt, da sie ihnen in ihrer Wirkung völlig gleichen.

Trotzdem spricht man aber auch heute noch von ihnen. Man führt z. B. als eine praesumtio iuris et de iure an die Vorschrift des § 39 Z.P.O. Diese betrifft die sogen. prorogatio fori tacita. Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird nach § 38 durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig. Jetzt heißt es in § 39:

> Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.

Man kann hier sagen: Das Gericht wird zuständig durch stillschweigende Vereinbarung. Letztere ist schon nach den allgemeinen Regeln über stillschweigende Willenserklärungen zu vermuten, wenn der Beklagte in der angegebenen Weise auf die Verhandlung zur Hauptsache sich eingelassen hat. An sich könnte aber auch eine derartige Willenserklärung nicht darin liegen. Er mag ja zunächst den Klageanspruch bestreiten mit dem Willen, wenn er damit eine Abweisung der Klage nicht erreicht, später noch die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben. Dieser Beweis jedoch, daß in seinem Verhandeln keine Vereinbarung gelegen habe, soll ihm abgeschnitten sein. Die Annahme, daß er sich einverstanden erklärt hat, ist vom Gesetz über das Maß einer vorläufigen erhoben und damit unwiderleglich. Es ist also eine praesumtio iuris et de iure.

Man geht dabei davon aus, daß diese Vorschrift auf die Vermutung, eine Vereinbarung habe stattgefunden, zurückgeht und daß im Grunde noch der Wille der Parteien das rechtserzeugende Moment ist. Es hat aber keinen Wert, dies zur Grundlage einer im übrigen bedeutungslosen Unterscheidung zu machen. Es ist alles genau ebenso, wenn man eine Fiktion konstruiert des Inhalts, daß eine die Zuständigkeit begründende Vereinbarung stattgefunden habe, wenn die Fiktionsbasis erfüllt ist, daß der Beklagte sich auf die Hauptverhandlung eingelassen hat.

Nun kommen aber im Gesetz Fiktionen vor, bei denen von einem Gegenbeweis gesprochen wird. Ein Beispiel ist der § 892 Abs. 1 Satz 1 B.G.B., den Bernhöft (a. a. O. S. 18) wegen seiner großen Ähnlichkeit mit den gemein-

rechtlichen praesumtiones iuris et de iure treffend eine präsumtionsähnliche, d. h. auf Wahrscheinlichkeit beruhende Fiktion nennt. Darum enthält er aber doch keine Präsumtion in unserm Sinne, wie vielfach behauptet wird.

Eine Gegenüberstellung mit dem § 891 Abs. 1, der eine wahre Präsumtion enthält, wird dies zeigen. Die beiden angezogenen Vorschriften lauten:

> § 891, I. Ist im Grundbuche für Jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe.
>
> § 892, I S. 1. Zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist.

Der § 891 bietet uns eine Präsumtion. Basis ist der Umstand, daß im Grundbuch ein Recht für jemanden eingetragen ist. Präsumiert wird, daß es tatsächlich ihm zustehe. Entkräftet kann die Präsumtion aber werden durch den Beweis des Gegenteils, daß das Grundbuch unrichtig sei. Im § 892 sehen wir eine Fiktion. Die Basis ist der Tatbestand, daß jemand ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt. Wenn jetzt das Grundbuch unrichtig und somit die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts in Frage gestellt ist, so sollen trotzdem dieselben Rechtsfolgen eintreten und dem-

gemäß über die Gültigkeit entschieden werden, als wenn das Grundbuch richtig wäre. Der Gegenbeweis aber, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt war, richtet sich nicht gegen die Annahme, das Grundbuch sei richtig. Seine Unrichtigkeit steht außer Frage, und das Gesetz will doch den Fall so behandelt haben, als sei das Grundbuch richtig. Der sogenannte Gegenbeweis zielt vielmehr gegen die Fiktionsbasis. Daß kein Widerspruch eingetragen oder dem Erwerber die Unrichtigkeit nicht bekannt war, ist ein Teil der Fiktionsbasis und Voraussetzung der Anwendbarkeit der ganzen Fiktion. Gelingt der Gegenbeweis, so kommt eine Fingierung der Richtigkeit gar nicht in Frage. Der Beweis des Gegenteils bei einer Präsumtion dagegen läßt die Präsumtionsbasis ganz unberührt, er geht gegen die Richtigkeit des präsumierten Tatbestands.

Analog den beiden behandelten Paragraphen, einzeln und ihrem Gegensatz zu einander genommen, stehen die §§ 2365 und 2366. In ihnen wird dem Erbschein eine entsprechende Funktion wie dem Grundbuch beigelegt. Den beiden §§ 891 und 2365 hat als einziger Schriftsteller Schmidt die Präsumtionseigenschaft abgesprochen. Er[1]) kommt hierzu auf Grund seiner Anschauung, daß die gesetz-

---

[1]) In der ersten Auflage seines Lehrbuchs S. 431 Anm. 1 hatte Schmidt nur § 891 ausgenommen; auf den Hinweis Hedemanns a. a. O. S. 138, daß der § 2365 durchaus gleich liegt, hat er in der zweiten Auflage beide Paragraphen gleichmäßig, wie im Text ausgeführt, behandelt (S. 470).

lichen Vermutungen nur die erfahrungsgemäße Folgerung von Tatsachen zum Gegenstande haben. Da aber Grundbuch und Erbschein nur Beweismittel seien, könnten sie keine Präsumtionen begründen; sondern ein Rechtssatz, der von ihnen handele, müsse notwendig eine Beweisregel in engerem Sinne sein. In der Tat besteht hier eine Schwierigkeit, die auch Hedemann nicht voll gelöst hat. Der Erbschein ist ebenso wie das Grundbuch eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 Z.P.O., denn sie sind Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind. Sie begründen also vollen Beweis des durch die Behörde beurkundeten Vorgangs, wenn sie über eine vor der Behörde abgegebene Erklärung errichtet sind. Hierzu kommt nur noch, daß nach § 418 Z.P.O. auch voller Beweis begründet ist für noch andere durch die Urkunde bezeugte Tatsachen. Soweit sie also einen derartigen Inhalt haben, sind die Beweisregeln in engerem Sinne und zu behandeln, wie der Titel über Beweis durch Urkunden vorschreibt. Besonders ist Beweis der unrichtigen Beurkundung durch Eideszuschiebung nach § 446 ausgeschlossen.

Was sie darüber hinaus aber enthalten, begründen sie nur als Beweisregeln in weiterem Sinne. Der Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Rechtsverhältnisses, welches der Erbschein bezeugt,[1]) und gegen dasjenige, zu welchem die Eintragung in das Grundbuch ein wesentliches Erfordernis

---

[1]) Vgl. G. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch 5. Bd., Erbrecht 3. Aufl. Note 1 zu § 2365 auf S. 915.

darstellt, ist nicht beschränkt. In diesen Beziehungen haben wir es mit Präsumtionen zu tun. Grundbuch und Erbschein sind also nur nebenher Beweismittel; daß in ihnen ein Rechtsverhältnis eingetragen bzw. bezeugt ist, kann eine Präsumtionsbasis bilden.

Das Wesen der Auslegungsregeln und der Dispositivvorschriften sehen wir mit der herrschenden Ansicht darin, daß letztere eine nicht vorhandene Parteibestimmung ergänzen und erstere eine vorhandene undeutliche Bestimmung aufklären sollen.[1]) Beide stimmen darin überein, daß sie materiellrechtliche Bestimmungen mit subsidiärer Geltung sind. Im Prozeß haben sie die Wirkung, daß, wenn zu Beweis steht, ob etwas anderes vereinbart bzw. ein anderer Wille erklärt sei, der Richter die Bestimmung des Gesetzes anzuwenden hat, wenn er trotz der Beweisführung „im Zweifel" bleibt. Die Partei, welcher diese Regelung des Streitverhältnisses günstig ist, hat also tatsächlich eine bevorzugte Position. Daraus ist man leicht versucht, eine versteckte Präsumtion für die Geltung der Bestimmung des Gesetzes herzuleiten. Es ist dies aber unberechtigt.[2]) Wir zeigen den Unterschied an dem Charakteristikum der Präsumtion, dem Beweis des Gegenteils, welcher anders geartet ist als der oben erwähnte Gegenbeweis gegen die im Zweifel anzuwendende Bestimmung. Dieser hat nämlich

[1]) Vgl. Leonhard, Beweislast S. 294 u. 328.

[2]) Ebenso für die Auslegungsregeln E. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 96; Leonhard a. a. O. S. 329 ff.; für beide Institute Hedemann a. a. O. S. 227 ff.

nur die einfache Ueberzeugung des Richters zum Ziel, denn es besteht keine Voreingenommenheit des Richters für die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen. Sie kommen allerdings zur Geltung, wenn die Beweisgründe so schwach sind, daß der Richter sich aus ihnen keine feste Überzeugung bilden kann. Sie werden aber sofort ausgeschaltet, sobald der Richter die gegenteilige Überzeugung wie über ein gewöhnliches Beweisthema erlangt. Es fehlt also jede Bindung des Gerichts an eine gesetzliche Überzeugung, und von einer Präsumtion kann mithin nicht die Rede sein. Die sämtlichen Auslegungsregeln also, die z. B. Betzinger[2]) als „Willensvermutungen" unter die Präsumtionen stellt, gehören nicht dahin (§§ 139, 153, 154, 270 usw., auch 742).

Wir greifen aus ihrer Zahl eine beliebige heraus, etwa den § 270 Abs. 1, welcher lautet:

> Geld hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.

Jetzt hat vielleicht ein Schuldner unter Abzug der Portokosten seinem Gläubiger das geschuldete Geld übersandt, und dieser klagt auf Nachzahlung des abgezogenen Betrags. Ihm steht für die Auslegung des Vertrags obige Regel zur Seite. Der Schuldner hat den Gegenbeweis zu führen, daß der Abzug ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart war. Dieser Beweis ist ihm aber in keiner Weise erschwert. Der Richter ist durchaus nicht ge-

---

[1]) Betzinger, Beweislast S. 141 ff. Ähnlich Beckh, Beweislast S. 84 ff.

halten, eine besonders triftige Beweisführung zu verlangen. Unsere Vorschrift gibt nur die Anweisung, wie zu entscheiden sei, wenn der Richter zu keiner Überzeugung kommt. Es ist zuzugeben, daß praktisch hier eine Ähnlichkeit mit den Präsumtionen besteht. Theoretisch jedoch möchten wir die Auslegungsregeln streng trennen. Die Präsumtion fordert einen qualifizierten Beweis des Gegenteils.

Burckhard (S. 298) findet in diesen Rechtssätzen, „welche vorschreiben, daß in einer an sich mehrdeutigen Erklärung ein bestimmter Wille als enthalten angenommen werden soll, wahre praesumtiones voluntatis." Er gibt also den Auslegungsregeln auch die Bezeichnung Präsumtionen, trotzdem er selbst sagt (S. 344), daß bei ihnen „nicht ein so strikter Gegenbeweis erforderlich", sondern schon erbracht sei, „wenn die Möglichkeit dem Richter zur Wahrscheinlichkeit erhoben wird, ... daß hier der vom Gesetz präsumierte Wille nicht vorhanden gewesen sei". Auch heute spricht man noch oft von Vermutungen, wenn man Auslegungsregeln meint; und es hat das vielleicht seine Berechtigung, weil auf diese Weise die Beweislastverteilung sich kurz kennzeichnen läßt. Man sollte sich aber immer bewußt sein, daß es sich hier nicht um echte Präsumtionen handelt.

Zu verwerfen ist es aber u. E., wenn man Beweislastregeln, die höchstens praktisch eine ähnliche Wirkung haben wie Präsumtionen, als echte Präsumtionen bezeichnet. Diese angeblichen Vermutungen, die nur ein Reflex der Beweislastverteilung sind (Beckh S. 76), wie die sogenannte

Vermutung der Fortdauer eines Zustandes und die zugunsten des guten Glaubens, müssen ganz ausgeschieden werden. Es heißt bei ihnen nirgends, daß der strengere Beweis des Gegenteils gefordert werden soll. Aus demselben Grunde aber müssen wir auch allen sonstigen Beweislastregeln die Berechtigung, als Präsumtionen bezeichnet zu werden, aberkennen; selbst wenn es sich um Ausnahmen (Leonhard a. a. O. S. 261) von einem angeblichen, prinzipiellen Beweislastsystem handelt. Hierüber werden wir in § 10 noch nähere Ausführungen bringen.

§ 5.

Ausdrückliche und versteckte, absolute und relative Präsumtionen.

Die Präsumtionen lassen sich in verschiedener Weise einteilen. Es gilt jetzt also die Einteilungen zu besprechen, da es möglich wäre, daß die Unterschiede derartig sind, daß sich danach die Stellung der Präsumtionen im Prozesse verschieden gestaltet.

Eine Einteilung, die offensichtlich mit dem Wesen der Präsumtionen nichts zu tun hat, ist die in ausdrückliche und versteckte. Interessant wird sie uns jedoch dadurch, daß bei ihrer Erörterung zugleich das Wesen der Präsumtionen hell beleuchtet wird. Ausdrückliche sind die Rechtssätze, in denen das Wort vermuten selbst vorkommt, wie z. B. § 20 B.G.B.:

Sind Mehrere in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen, so wird vermutet, daß sie gleichzeitig gestorben seien.

Solche Vorschriften sind stets echte Vermutungen. Immer ist in ihnen eine Präsumtionsbasis und ein präsumierter Tatbestand enthalten, gegen dessen Vorliegen durch die uns bekannte Wirkung des Wortes vermuten ein erschwerter Beweis zu führen ist. Es entspricht dies auch der Absicht des Gesetzgebers, wenigstens für das B.G.B. Die Bearbeiter dieses Gesetzes wollten, wie dies in den Motiven zum I. Entwurf ausgesprochen ist, durch den Ausdruck „vermuten" die Sätze, die sie für Präsumtionen hielten, kennzeichnen, also gewissermaßen das Wort zum terminus technicus stempeln.[1])

Allerdings können wir nicht die Bezeichnung des Gesetzes für ausschlaggebend halten und uns an den von ihm bestimmten Kreis binden lassen. Gibt das Gesetz eine Vorschrift, so ist diese festgegründet und kann nur durch ein neues Gesetz geändert werden. Bezeichnet aber der Gesetzgeber eine Reihe seiner Vorschriften mit einem rechtswissenschaftlichen Begriff, so ist diese Bezeichnung bezüglich ihrer Richtigkeit kritisierbar wie jede andere wissenschaftliche Leistung. Begriffe können nicht wie Rechtsbefehle diktiert werden, sondern bilden sich auf dem Wege des logischen Denkens. Immerhin kommt der Bezeichnung des Gesetzes als der Ansicht unserer besten Rechtsgelehrten eine gewisse

---

[1]) Hedemann macht hierauf besonders aufmerksam. Vgl. S. 123 f. und 222 ff.

Autorität zu. Wir haben also die Verpflichtung, eine abweichende Ansicht genau zu begründen.

Daß wir eine Einschränkung des Kreises der ausdrücklichen Präsumtionen für unberechtigt, ja begrifflich unmöglich halten, haben wir oben schon gesagt (vgl. auch S. 29 f.). Dagegen meinen wir allerdings, daß der Kreis zu eng ist. Es gibt ja noch mehr Bezeichnungen für die Geistestätigkeit, die wir unter vermuten verstehen. Man könnte z. B. noch sagen: es wird vorerst angenommen, oder es gilt zunächst als wahr. Es besteht auch tatsächlich bezüglich vieler Rechtssätze keine Einigkeit, ob man sie zu den Präsumtionen zu zählen habe oder nicht, wie wir oben im § 4 sahen.

Wiesen wir jedoch dort alle Ansichten betreffs Konstruierung versteckter Präsumtionen zurück, so möchten wir doch hier die Bezeichnung Präsumtion für berechtigt erklären bezüglich der Rechtssätze, in denen der Gegenbeweis der offenbaren Unrichtigkeit gefordert wird. Solche Vorschriften finden sich mehrfach im B.G.B. Wir möchten aus ihrer Zahl den § 319 besprechen, welcher lautet:

> Soll der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil; usw.

Es handelt sich um den Fall, daß „der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt“ (§ 316) ist und die Bestimmung der Leistung durch einen Dritten nach billigem Ermessen erfolgen soll.

Der § 319 enthält nun u. E. eine Präsumtion des Inhalts, daß die von dem Dritten getroffene Bestimmung der Billigkeit entspricht, wogegen Beweis des Gegenteils zulässig ist. Und zwar meinen wir, daß diese Vermutung in dem Wort „offenbar“ verborgen liegt.

Vergegenwärtigen wir uns den Prozeßfall, daß der Beweis der offenbaren Unbilligkeit in Frage kommt. Einer Partei ist der Beweis aufgebürdet worden,[1]) daß die Bestimmung des Dritten offenbar unbillig sei. Sie führt einige Beweisgründe an. Der Richter kommt zu der Meinung, daß eine Unbilligkeit nach seinen privaten Anschauungen wohl vorliege, aber nicht unbedingt jeder Richter nach dieser Beweisführung eine Unbilligkeit annehmen müsse; dann ist zu Gunsten der Aufrechterhaltung der Bestimmung zu entscheiden.[2]) Erst wenn die Beweisführung derartig ist, daß die Unbilligkeit jedermann sonnenklar erscheinen muß, ist der verlangte Beweis der offenbaren Unbilligkeit erbracht.

Daß dem Zusatz „offenbar“ die geschilderte Bedeutung beizumessen ist, bildet die herrschende Meinung. So sagt z B. Kuhlenbeck in Staudingers Kommentar zum B.G.B.:[3]) „Als ‚offenbar unbillig‘ wird . . . . eine Bestimmung anzusehen sein, deren Unbilligkeit von jedermann

---

[1]) Die Beweislastregelung bei den verschiedenen Prozessen, in denen ein Anspruch sich auf § 319 stützt, ist im einzelnen bestritten. Vgl. außer Planck a. a. O. auch F. Schollmeyer, Kommentar zum B.G.B. 2. Bd. Note 1b zu § 319 S. 184.

[2]) So auch Planck a. a. O.

[3]) 2. Bd. I. Teil 3./4. Auflage Note 1 zu § 319 auf S. 178.

oder doch wenigstens von jedem Sachkundigen zweifellos als solche erkannt wird. Damit wird indessen nicht gesagt, daß die Unbilligkeit sich ohne jede Beweisführung ergeben müsse; nur wird im Zweifel der Richter sich stets für die Aufrechthaltung der Bestimmung zu entscheiden haben." Soweit wir sehen, ist Beckh (a. a. O. S. 125) der einzige, welcher behauptet, es liege „auf der Hand, daß dem . . . Ausdruck ‚offenbare Unmöglichkeit' ein weiterer besonderer Sinn nicht inne wohnen kann". Wir geben ihm auch gerne zu, daß „ein begrifflicher Unterschied zwischen ‚offenbarer' und ‚nicht offenbarer' oder ‚einfacher' Unmöglichkeit" nicht besteht. Es ist das ja aber auch gar nicht das Wesentliche. Es handelt sich um den Beweis der Unmöglichkeit, und da meinen wir allerdings, daß ein Unterschied besteht, ob gewöhnlicher oder für jedermann offenbarer Beweis verlangt wird.

Vergleichen wir jetzt diesen Beweis der offenbaren Unbilligkeit mit dem Beweis des Gegenteils einer Präsumtion, wie er ihr begrifflich eigentümlich ist, so sehen wir, daß er ganz ebenso gebildet ist. Es genügen nicht Beweisgründe, die den Richter in gewöhnlichen Fällen überzeugen würden; es wird mehr gefordert, nämlich eine Beweisführung, die den Richter unbedingt zwingt, eine Überzeugung anzunehmen. Was ist das anders, als ein gesetzlicher Befehl an den Richter, eine gewisse Überzeugung anzunehmen mit der Erlaubnis, sich vom Gegenteil durch eine Beweisführung überzeugen zu lassen, die nicht nur seine gesetzliche Überzeugung erschüttert, sondern eine völlig neue in ihm zu begründen vermag? Also was anders als eine Präsumtion?

Ferner sei es erlaubt, noch den § 1717 zu besprechen, weil die Frage, ob auch er eine Präsumtion enthalte, in der Literatur schon behandelt ist. Er lautet:

> Als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708 bis 1716 gilt, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, daß auch ein Anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat. Eine Beiwohnung bleibt jedoch außer Betracht, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat.

Wir finden in ihm die Präsumtion, daß, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, der Erzeuger sei, zweimal angewandt. Herangezogen werden soll der Erzeuger. Wenn nun der Umstand, daß jemand der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, schon anspruchbegründend ist, so liegt darin die Präsumtion, daß dieser der Erzeuger sei. Das geht daraus hervor, daß der in Anspruch genommene, die Beiwohnung zugebende Mann nur durch den Beweis der offenbaren Unmöglichkeit der Erzeugung durch ihn befreit wird. Wenn nun feststeht, daß noch ein anderer Mann innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, dann kommt die Präsumtion auch für diesen zur Anwendung; denn auch diese Beiwohnung soll nur bei offenbarer Unmöglichkeit außer Betracht bleiben. So steht dann Präsumtion gegen Präsumtion, und die Folge ist, daß der Richter, da das Kind nur entweder von dem einen oder von dem andern stammen kann, bis jetzt aber Ungewißheit besteht, ob es von dem ersten stammt,

diesen nicht verurteilen kann. Das ist erst möglich, wenn die zweite Präsumtion entkräftet ist.

Auf diese Weise geben wir eine andere Konstruktion der sogenannten exceptio plurium constupratorum als die herrschende Meinung. Diese drückt sich meist dahin aus, daß die besagte Präsumtion des ersten Satzes unseres Paragraphen widerlegt wird durch den Nachweis der offenbaren Unmöglichkeit oder durch den Nachweis, daß auch ein anderer beigewohnt hat.[1]) Auch Wach führt den § 1717 als Beispiel einer versteckten Vermutung an (a. a. O. S. 373 f.). Er führt dann aus, daß § 1717 die uneheliche Vaterschaft aus der Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit schlußfolgere. „Die Vermutung wird entkräftet durch die Feststellung des Beischlafs der Mutter mit andern Personen innerhalb dieser Zeit und dieser Beweis wiederum wirkungslos, wenn nachgewiesen ist die Unmöglichkeit der Empfängnis durch jenen Beischlaf." Wie gesagt, halten wir diese Konstruktion nicht für ganz genau. Jedoch bleibt bestehen, daß auch Wach in dem § 1717 eine Präsumtion sieht. Derselben Meinung ist Leonhard (a. a. O. S. 261 und 266), der allerdings auch noch weitere Präsumtionen bezeichnet, die wir oben schon abgelehnt haben.

Hedemann bespricht (a. a. O. S. 246—251) u. a. den § 1717 im Zusammenhang mit den §§ 1591 und 1720, die ebenfalls ein „offenbar" enthalten. Er verneint ihre Präsumtionseigenschaft, wie er überhaupt den Kreis der

---

[1]) So Planck, 4. Band, Familienrecht, Bem. 3 zu § 1717 S. 596.

Präsumtionen nicht über die ausdrücklichen ausdehnen will. Allerdings gesteht er, daß ihm hier die Preisgabe des Namens einer Vermutung am schwersten würde. Seine Ausführungen können uns nicht überzeugen, da er das Wort „offenbar“, auf das wir unsere Ansicht gründeten, kaum erwähnt. Auch spricht er von der andern Gruppe der Paragraphen, in denen ein Beweis der offenbaren Unrichtigkeit gefordert wird, überhaupt nicht. Wir möchten unsere Meinung aber darüber äußern, was wir in seiner Polemik gegen Wach (Hedemann a. a. O. S. 249 f.) für das Richtige halten.

Wach, der, wie schon gesagt, im § 1717 ebenfalls eine Präsumtion sieht, gibt nämlich folgende Situation: „Das uneheliche Kind klagt gegen den angeblichen Vater auf Alimente. Dieser erscheint im Termine nicht. Aber der Vertreter des Kindes gesteht im Klagevortrag zu, daß die Mutter in der Empfängniszeit auch mit andern geschlechtlich verkehrt habe. Nach Wach ist ein Versäumnisurteil ausgeschlossen“. Hedemann, mit dessen Worten wir die Situation einführten, unterstellt, daß eine Präsumtion vorliege, und behauptet dann die Zulässigkeit des Versäumnisurteils mit der Begründung, der Beweis des Gegenteils sei nicht geführt worden. Freilich könne dieser durch Geständnis ersetzt werden, aber es fehle an der Voraussetzung der „behaupteten Tatsachen“. Er bezieht sich dabei auf § 288 Z.P.O. Wir halten seine Entscheidung für unrichtig. Beim Versäumnisurteil kommt nicht § 288, sondern § 331 in Betracht, nach welchem „das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen“ ist.

Der Richter muß also bei der Prüfung, ob „dasselbe den Klageantrag rechtfertigt" (§ 331 Abs. 2), die Tatsache des Beischlafs mit andern zugrunde legen, und Versäumnisurteil ist ausgeschlossen. Nach unserer Meinung ist der Beweis der exceptio plurium überhaupt kein Beweis des Gegenteils. Die Entscheidung des Falls fällt ebenso aus.

So treten neben die ausdrücklichen Präsumtionen die versteckten. Der Unterschied ist nur begründet in der äußern Form ihrer Fassung. Innerlich unterscheiden sie sich aber nicht von einander. Wir begründeten ja gerade die versteckte Eigenschaft als Präsumtionen mit der Wesensgleichartigkeit. Es wird daher nicht nötig sein, im weiteren Verlauf dieser Arbeit auf sie zurückzukommen.

Eine zweite Einteilung der Präsumtion ist gegeben nach dem Umfang ihrer Wirksamkeit in absolute und relative. Erstere kommen allgemein zur Anwendung, letztere nur bei Rechtsstreitigkeiten der in dem Tatbestand der Präsumtionsbasis bezeichneten Personen mit einem genau bestimmten Kreis von andern Personen. Dieses ist vorgeschrieben durch eine besondere Bestimmung, während nur nach der Präsumtionsbasis zu urteilen, eine absolute Präsumtion vorliegt.

Wir finden die beschränkte Wirkung in den §§ 1006, 1362, 1540 und 2009. Im § 1006 Abs. 1 Satz 2 ist der Kreis der Personen, denen gegenüber der Besitzer einer beweglichen Sache sich auf die Vermutung des § 1006 Abs. 1 Satz 1, daß er Eigentümer der Sache sei, berufen kann, dadurch eingeschränkt, daß diese Präsumtion nicht einem früheren Besitzer gegenüber gilt, dem die Sache

gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt. Den Umstand, daß die Sache dem früheren Besitzer gestohlen oder dergl. ist, zum Teil der Präsumtionsbasis zu erheben, ist darum nicht angängig, weil der Besitzer einer solchen Sache sich Dritten gegenüber sehr wohl auf die Vermutung stützen kann. Die Bestimmung, daß sie in der angegebenen Weise versagt, ist in den Bau der Präsumtion selbst nicht einzufügen, sondern kann nur als eine Begrenzung ihrer Wirksamkeit aufgefaßt werden.

Während in § 1006 der Kreis der Personen, gegen die die Präsumtion wirkt, durch eine negative Bestimmung von der Allgemeinheit abgetrennt ist, liegt in den übrigen angeführten Paragraphen eine positive Bestimmung zur Umschreibung des Kreises vor. Die Vermutung für das Eigentum des Mannes (§ 1362 Abs. 1) besteht nur zu Gunsten der Gläubiger des Mannes, die Vermutung des § 1540 nur zu Gunsten des Ehegatten, dem die nicht mehr vorhandenen Sachen gehört haben, schließlich die des § 2009 nur im Verhältnisse zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern. Auch hier ist überall eine Auffassung dieser Bestimmungen als eines Teils der Präsumtionsbasis nicht möglich. Wir sehen also die Besonderheit, daß der Geltungsbereich der Präsumtion eingeengt ist. Damit ist nur für die Anwendung der betreffenden Präsumtionen eine besondere Voraussetzung gegeben. Wenn dagegen auch diese erfüllt ist, entwickelt die Präsumtion im Prozesse dieselbe Wirksamkeit wie eine absolute. Ihr Organismus ist durch

die Besonderheit ihrer Relativität nicht verändert. Wir können also auch die Einteilung der Präsumtionen in absolute und relative unbeachtet lassen.

§ 6.

Tatsachen und Rechtspräsumtionen.

Wichtiger ist die Scheidung nach einer Verschiedenheit des präsumierten Tatbestands in Rechts- und Tatsachenvermutungen. Wie ein Blick über die von uns aufgezählten Tatbestände zeigt, gibt es nämlich Vorschriften, in denen wirklich bloße Tatsachen vermutet werden, z. B. §§ 20 und 484, wozu wir auch die Fälle rechnen, in denen eine menschliche Handlung (z. B. §§ 1253) oder ein menschlicher Wille (§ 2255) vermutet wird, und andererseits Präsumtionen, deren präsumierte Tatbestände bereits rechtliche Würdigungen von Tatsachen darstellen, teils in rechtsableitender Richtung (z. B. §§ 891, 1006), teils in rechtsmodifizierender Richtung (z. B. § 2365).[1]

Eine solche Rechtsvermutung hat gegenüber einer Tatsachenvermutung etwas Auffälliges, insofern als sie mehr als ein Befehl ist, eine Tatsache zu vermuten, nämlich eine rechtliche Würdigung mit enthält, die doch eigentlich nach dem Grundsatz: narra mihi factum, narro tibi ius dem

---

[1]) Vgl. Hedemann a. a. O. § 43 S. 270ff. über die Einteilung in Tatsachen- und Rechtsvermutungen. Die Bezeichnung „gemischte Fälle" halten wir nicht für glücklich. Entweder es sind nackte Tatsachen oder rechtliche Würdigungen irgendwelcher Art.

Richter überlassen ist. Im alten germanischen Prozeß empfing das Gericht aus den Beweisakten Tatbestand und Rechtssätze bereits verschmolzen. Die Eide der Parteien, Eidhelfer, Zeugen enthielten die Versicherung des Eigentumserwerbs, der Deliktsbegehung usw. Unserem Prozesse liegt dagegen das heute allgemein von jeder Prozeßordnung als selbstverständlich eingeführte Prinzip zugrunde, daß das Gericht das Monopol der rechtlichen Beurteilung des Prozeßstoffes hat.[1]) Demgemäß spricht der von den Präsumtionen handelnde § 292 Z.P.O. auch nur von Tatsachen, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt. Ein Gesetzesbefehl, daß Tatsachen nach einer gewissen Richtung hin als rechtlich gewürdigt angenommen werden sollen, erscheint also zunächst als Durchbrechung jenes Prinzips und ferner als über den § 292 hinausgehend. Demgemäß führt Hedemann auch aus (Vermutung S. 304 ff.), daß „die Rechtsvermutung eine Befreiung des Richters von der Rechtsanwendung bedeutet". Bei der Tatsachenvermutung „nimmt er behauptete Tatsachen, hier Rechtsbegriffe als gegebene Größen hin".

Eine Befreiung des Richters von seiner rechtsanwendenden Tätigkeit ist natürlich gleichbedeutend mit einer Bindung, eine vorgeschriebene Rechtsanwendung vorzunehmen. Sie beruht, wenn wir so Hedemanns Gedanken scharf formulieren dürfen, darin, daß nach Vorführung bzw. Beweis eines gewissen Tatsachenstoffes der Richter gezwungen wird, die Rechtsanwendung in der Richtung auf ein vorher gesetzlich

---

[1]) Nach R. Schmidt, Zivilprozeßrecht (2) S. 336.

bestimmtes Resultat vorzunehmen. Das wäre in der Tat ein Eingriff in die die Rechtsanwendung beherrschende Stellung des Richters.

Bevor wir diese Frage besprechen, wollen wir die allgemein übliche Auffassung betrachten. Sie ist mit der Hedemanns nicht im Einklang. Schmidt (S. 470 Anm. 3) entgegnet ihm, daß auch bei den Rechtsvermutungen dem Gericht die rechtliche Beurteilung nicht entzogen wäre, und dies zeige sich praktisch sofort dann, wenn die Gegenpartei den Beweis des Gegenteils (der Unwahrheit z. B. des eigentumsbegründenden Tatbestands) unternimmt. Daß bis dahin dem Gericht die rechtliche Beurteilung entzogen sei, hat Schmidt damit noch nicht widerlegt.

Von anderer Seite ist der Einwurf gemacht, die Anwendung der Rechtspräsumtion sei ja selbst wiederum Rechtsanwendung. Das ist richtig, sagt aber höchstens etwas gegen den Ausdruck Befreiung von der Rechtsanwendung. Gegen die Sache, die man ja auch als Bindung in der Rechtsanwendung bezeichnen kann, ist damit nichts eingewandt. In der Beziehung spricht man sich meist dahin aus, die sogenannten Rechtsvermutungen seien nur Vermutungen von ganzen Tatbeständen, d. h. von mehreren in einem rechtlich ganz einfachen Verhältnisse stehenden Tatsachen. Diese Auffassung teilt sogar Hedemann an einer Stelle (S. 221 f.), wo es gilt zu beweisen, daß die Rechtsvermutungen auch von dem § 292, der ja nur von Tatsachen spricht, umfaßt werden. Er meint hier, daß die Rechtsvermutungen mit unter den genannten Paragraphen fallen, „weil sie lediglich eine geschickte Abkürzung bedeuten,

indem durch Abstellung auf das erzielte Recht der ganze für dessen Klarstellung aufdeckungsbedürftige Tatsachenapparat zusammenfassend bezeichnet wird".

Diese Auffassung der Rechtsvermutungen ist die allgemein übliche. So sagen die Motive zum B.G.B. Bd. III S. 155 für die Vermutungen des jetzigen § 891, daß im Grunde es doch auch hier die zu der Erwerbung oder der Aufhebung des Rechts erforderlichen Tatsachen seien, welche den eigentlichen Gegenstand der Vermutung bilden. Die Vorschrift habe nur deswillen eine über diesen Gedanken hinausgehende Fassung erhalten, weil sie auch diejenigen Fälle treffen mußte, in welchen die Rechtsänderung nicht auf den Nachweis der sie bewirkenden Tatsachen, sondern lediglich auf die Bewilligung des passiv Beteiligten in das Grundbuch eingetragen wird. Auch die Kommission für die zweite Lesung hat in vorliegender Sache nur eine formale Unebenheit gesehen, die praktisch unbedenklich sei und sich auch theoretisch rechtfertigen lasse.[1]) Diese Ansicht ist in die zum B.G.B. erschienene Literatur übergegangen. So schreibt z. B. Planck,[2]) im Grunde gehe auch der § 891 davon aus, daß, wenn einmal eingetragen oder gelöscht ist, die Tatsachen eingetreten sind, aus welchen sich das Bestehen des eingetragenen oder das Nichtbestehen des gelöschten Rechts ergibt.

Schließlich finden wir diese Auffassung schon bei Unger,[3]) welcher ausführt, es gebe auch Behauptungen

---

1) Protokolle Bd. 3 S. 49.

2) Planck, Kommentar (3) Bd. 3 Note 2 zu § 891.

3) Unger, Österreichisches Privatrecht Bd. 2 § 130 S. 585.

einer Berechtigung, für welche eine Rechtsvermutung streitet; hier werde von der Existenz einer juristisch gewissen Tatsache auf die behauptete Zuständigkeit des Rechts selbst geschlossen. Er bemerkt dazu in der Note 21 auf derselben Seite: „auch hier wird im Grunde auf Tatsachen geschlossen, aber nicht auf einzelne bestimmte Tatsachen, sondern darauf, daß überhaupt irgend eine Tatsache resp. ein Komplex von Tatsachen eingetreten sei, welche die behauptete Rechtsentstehung hervorzubringen vermochte“.

Diese allgemein herrschende Erklärung der Erscheinung der Rechtsvermutungen erscheint uns ganz gut und ausreichend, wenn es sich um solche Rechtsverhältnisse handelt, bei denen ein wesentlicher Teil der sie begründenden Tatsachen zugleich die Präsumtionsbasis bildet. Da wird eben vermutet, daß der übrige Teil auch vorhanden ist resp. gewesen ist. Eine Eintragung in das Grundbuch ist eine Voraussetzung des Entstehens eines Rechts an einem Grundstück. Die andere Voraussetzung ist der dingliche Vertrag der Beteiligten, die Einigung. Daß die beiderseitigen Willenserklärungen hierzu abgegeben sind, wird also eigentlich nur noch vermutet. Und eine menschliche Vermutung dieser Tatsachen liegt darum schon recht nahe, weil es im allgemeinen nach den formellen Voraussetzungen nur zu einer Eintragung in das Grundbuch kommt, wenn die Parteien sich auch wirklich geeinigt haben. Diese menschliche Vermutung, kann man sagen, ist zum Gesetz erhoben. Der Gesetzgeber hat die Tatsachen nicht alle aufgezählt, sondern der Kürze halber das aus ihnen im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Präsumtionsbasis durch eine sehr ein-

fache rechtliche Beurteilung sich ergebende Recht in den Gesetzestext gesetzt. Materiell liegt dann noch immer eine Tatsachenvermutung vor, nur daß sie in der Gestalt einer Rechtsvermutung erscheint.

Außer solchen Rechtsvermutungen aber, bei denen sich erkennen läßt, welche zugrunde liegenden Tatsachen in der kurzen Bezeichnung des Rechtsverhältnisses vermutet werden, gibt es noch andere, bei denen die das Rechtsverhältnis begründenden Tatsachen die verschiedensten sein können. Der sie anwendende Richter wird durchaus nicht auf bestimmte Tatsachen hingewiesen. Jemand besitzt eine bewegliche Sache. Es wird vermutet, daß er das Eigentumsrecht an ihr habe. Woher soll er es aber haben? Es ist kein Hinweis zu finden, ob das Eigentum erworben ist durch Tatsachen, welche eine Übertragung, Ersitzung, Verarbeitung, Aneignung, Fund oder eine sonstige Eigentumserwerbsart darstellen. Wenn er aber Besitz hat, wird sein Eigentumsrecht vermutet. Da wird man kaum noch sagen können, es würden in Wahrheit die Tatsachen vermutet, die das Eigentumsrecht begründen. Ob Eigentum erworben sei, ist oft eine erst nach schwierigen juristischen Überlegungen zu beantwortende Frage. Es liegen dann durchaus nicht rechtlich so einfach zu beurteilende Verhältnisse vor, daß die Tatsachen klar hindurch scheinen. Infolgedessen halten wir es nicht für berechtigt, wenn man sich mit dem Gedanken zufrieden gibt, es liege ja eine nur verschleierte Tatsachenvermutung vor. Wir meinen, man müsse hier die als präsumierten Tatbestand ein Recht zeigenden Vermutungen als wirkliche Rechtspräsumtionen hinnehmen.

Dann hätte also Hedemann recht mit seiner Bindung des Richters an ein gewisses Resultat der Rechtsanwendung? Und wie stände es mit der Subsumtion unter § 292 Z.P.O.? Trotz allem können wir uns Hedemann nicht ganz anschließen. Die rechtswürdigende Tätigkeit des Richters besteht darin, daß er auf die Tatsachen, die vor ihm auf irgend eine Weise als Prozeßstoff festgestellt sind, das geltende Recht anwendet. Eine Bindung bei dieser Tätigkeit müßte also darin bestehen, daß ihm befohlen würde: Liegen die und die Voraussetzungen vor, hast du bei Prüfung des ganzen vor dir festgestellten Tatbestandes zu dem und dem Resultat zu kommen. Bei der Rechtsvermutung heißt es dagegen: Liegen die und die Voraussetzungen vor, hast du das Bestehen des und des Rechtsverhältnisses zu vermuten. Wo ist da der Tatbestand, bei dessen Prüfung der Richter gebunden resp. von eigener Prüfung befreit sein soll? Er ist nicht vorhanden, also ist es auch nicht korrekt, von einer Befreiung von der Rechtsanwendung auf ihn zu sprechen. Im konkreten Fall kann natürlich der Besitzer zuerst gesagt haben, er habe die Sachen zehn Jahre in Eigenbesitz gehabt, und erst danach, er sei auch gegenwärtig Besitzer; dann läge gewissermaßen ein zu beurteilender Tatbestand vor. Wir sehen aber, daß für den Begriff einer Rechtspräsumtion das Vorliegen eines solchen Tatbestandes nicht notwendig ist. Sie ist von ihm unabhängig. Man darf also nicht aus ihrem Begriff folgern, sie befreit von einer Rechtsanwendung, denn von etwas, was nicht da ist, kann man nicht befreit werden. Hedemann könnte erwidern, der Besitz sei eben der ganze

zu beurteilende Tatbestand. Wenn man so will, kann man auch sagen, der Rechtssatz, daß der Richter auf Eigentum zu erkennen hat, wenn eine bewegliche Sache zehn Jahre in Eigenbesitz gewesen ist, sei eine Bindung in der Rechtsanwendung. Wir kommen also zu dem Schlusse, daß wir Hedemanns Formulierung: Befreiung des Richters von rechtsanwendender Tätigkeit für verfehlt halten. Im Kern der Sache befinden wir uns aber mit ihm gegen die herrschende Meinung in Übereinstimmung, da auch wir den Rechtsvermutungen einen qualitativen Unterschied von den Tatsachenvermutungen zuerkennen.

Die Zurückschraubung der Rechtspräsumtionen auf Abkürzungen von Tatsachenpräsumtionen haben wir abgelehnt. Daß in ihnen ein Eingriff in die Freiheit der richterlichen Rechtsanwendung enthalten sei, konnten wir ebenfalls nicht zugeben. Es scheint, als ob ein Drittes nicht gegeben sei. Und doch bietet sich eine Lösung in dem allgemeinen Satz, daß, auch ohne der Monopolstellung des Richters zu nahe zu treten, eine Einführung von fertigen Rechtsverhältnissen in den Prozeß möglich ist. Und zwar liegt diese Möglichkeit in der Dispositionsmaxime, einem Grundprinzip unseres Prozeßrechts. Es besteht darin, daß das Gericht nur prüft, soweit eine Partei es verlangt, niemals selbst von Amts wegen in Prüfung und Entscheidung eintritt (Offizialprinzip). Nemo iudex sine actore. Aus diesem Satz, der wiederum in der Freiheit der Bürger bei der Ordnung ihrer Rechtsbeziehungen seinen Grund hat, folgt, daß der Richter nie zu prüfen hat, wo die Parteien sich einig sind, seien Gegenstand der Einigkeit nun Tatsachen oder Rechts-

verhältnisse. Die Parteien stimmen darin überein, daß die eine der andern zu einer Leistung verpflichtet ist. Der Richter hat nicht zu prüfen, ob alle Voraussetzungen einer Vertragschließung vorhanden waren. Oder die Parteien gehen beide davon aus, daß einer das Eigentum an einer bestimmten Sache zustehe. Der Richter muß dies seinem Urteil zugrunde legen. Das Ende ist aber da, sobald eine Rechtsanwendung in Frage kommt. Die Parteien legen übereinstimmend eine Tatsachenreihe dar, ziehen übereinstimmend einen irrigen Rechtsschluß und werden erst streitig über die Folgerungen dieses Rechts. Sie geben z. B. den Tatbestand einer Miete; die eine verpflichtet sich, der andern den Gebrauch einer Sache während der Vertragzeit zu gewähren, die andere, einen vereinbarten Zins zu entrichten. Sie nennen den Vertrag eine Leihe, wie man es im Leben besonders bei Büchern oft tut, und der Streit besteht nur darüber, ob es rechtswirksam ist, wenn der Geber den Vertrag gekündigt hat, weil er infolge eines nicht vorhergesehenen Umstands der Sache bedarf (§ 605 Nr. 1 B.G.B.). Es wird nur entgegnet, daß der Umstand vorhergesehen war. Der Richter ist nicht an die übereinstimmende Rechtsauffassung der Parteien gebunden, er muß von einem Mietsvertrag ausgehen und demgemäß den Geber der Sache sofort abweisen, da der von ihm herangezogene Kündigungsgrund für die Miete nicht gegeben ist; natürlich unter der Voraussetzung, daß dieser Kündigungsgrund nicht von den Parteien in ihren Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend aufgenommen ist. Dagegen muß er die Verpflichtung, den Zins zu zahlen, zweifellos ein Rechtsver-

hältnis, fertig hinnehmen. Es steht ihm nicht zu, nachzuforschen, ob die Tatsachen vollständig vorliegen, aus denen diese Verpflichtung rechtlich zu erschließen ist, denn die Parteien wollen ja über sie gar keine Prüfung haben, sondern verlangen beide, daß der Richter von ihnen als dem tatsächlichen Prozeßstoff ausgeht. Kommt dieser Wille zum Ausdruck durch ein Geständnis, so haben wir also ein Geständnis von Rechtsverhältnissen, dessen Zusammenhang mit der Dispositionsmaxime besonders Demmler[1]) hervorgehoben hat. Der Richter erkennt aus der Erklärung, „man wolle gegen den Anspruch oder das Recht, auf die sich die Erklärung beziebt, keine materiellen Einwendungen vorbringen, sondern dem Gegner das von ihm behauptete Recht . . . streitlos einräumen“, daß die Parteien sich insoweit einig sind. Er muß das zugestandene Rechtsverhältnis also zugrunde legen, denn Gegenstand der richterlichen Prüfung und Entscheidung ist nur das, was die Parteien geprüft und entschieden haben wollen.

So zeigt es sich, daß es keineswegs gegen den Grundsatz narra mihi factum verstößt, wenn der Richter unter Umständen gezwungen wird, ein Recht hinzunehmen anstatt bloßer Tatsachen, und unsere Rechtsvermutung stellt sich nach diesen Ueberlegungen nicht mehr als eine Besonderheit dar. Die gekünstelte Zurückführung auf eine Tatsachenvermutung ist nicht nötig.

Es bleibt noch die Schwierigkeit, daß § 292 nur von

---

[1]) C. Demmler, Das Geständnis von Rechtsverhaltnissen, besonders S. 43.

Tatsachen spricht, während es doch nötig ist, daß auch unsere Rechtsvermutungen von ihm umfaßt werden. Daß dies die Absicht des Gesetzgebers ist, zeigen die oben angeführten Äußerungen in den Motiven und Protokollen. Und vom theoretischen Standpunkt aus ist dies auch gerechtfertigt, wenn man an den Grund denkt, aus dem die Z.P.O. nur Tatsachen anführt. Sie will nämlich dadurch nur den Grundsatz bezeichnen, daß die Rechtsanwendung beim Richter ist, und versteht unter Tatsachen überhaupt den dem Richter vorzulegenden Prozeßstoff im Gegensatz zur Verarbeitung dieses Stoffes durch den Richter. Da nun aber außer den Tatsachen, d. h. wirklichen Geschehnissen, wie gezeigt auch Rechtsverhältnisse Prozeßstoff sein können, steht nichts im Wege, den § 292 ausdehnend dahin zu interpretieren, daß auch die Rechtsvermutungen unter ihn fallen. Die Richtigkeit unserer Auffassung, daß die Prozeßordnung überhaupt den Prozeßstoff bezeichnen will, wenn sie nur von Tatsachen spricht, zeigt sich beim Geständnis von Rechtsverhältnissen, dessen nur stoffschaffende Wirksamkeit wir oben schon berührt haben. Es handelt sich um Folgendes. Nach Z.P.O. § 288 bedürfen die von einer Partei behaupteten Tatsachen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner zugestanden sind. Neben diesem Geständnis steht das Anerkenntnis. Nach § 307 kann eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung überhaupt anerkennen und ist dann auf Antrag diesem Anerkenntnisse gemäß zu verurteilen. Zwischen dem Tatsachengeständnis und dem Anerkenntnisse also liegt die Einräu-

mung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses, das zwar nicht Gegenstand des Prozesses, aber vom Kläger oder vom Beklagten im Laufe des Prozesses behauptet worden ist.[1]) Wo die Grenze liegt, ist wichtig zu entscheiden, wenn der Beklagte seine Erklärung rückgängig machen will. Ein Geständnis kann er nämlich nach § 290 ohne weiteres widerrufen, wenn er nachweist, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrtum veranlaßt sei. Ein gerichtliches Anerkenntnis dagegen kann nicht einseitig widerrufen werden, es können nur nach allgemeinen Regeln gegen die Wirksamkeit seiner Erklärung Einwendungen erhoben werden.[2]) Der Wirksamkeit nach ist der Unterschied der, daß nach dem Anerkenntnis der ganze Prozeß in sich zusammenfällt, während das Zugeständnis die beweispflichtige Partei nur des Beweises enthebt. Dem Richter liegt dann noch ob, zu prüfen, ob ihr Anspruch aus dem nunmehr festgestellten Prozeßstoff begründet ist. Tatsächlich aber ist es oft schwer festzustellen, was vorliegt. Man hält meistens wohl dafür, daß Rechtsververhältnisse nach § 288 zugestanden werden können, wenn sie so einfacher Natur sind, „daß die Anführung des Rechtsbegriffs (Kauf, Darlehen usw.) der Zerlegung desselben in seine einzelnen Momente gleich zu erachten ist".[3]) Es ist nicht unsere Aufgabe, über die Richtigkeit dieser Auffassung zu entscheiden. Allerdings glauben wir, daß die herrschende

---

[1]) Aus Seuffert, Kommentar Note 2f zu § 288.

[2]) Vgl. Seuffert, Kommentar Note 4 zu § 306.

[3]) So R.G. vom 29. Mai 1883, Entsch. X Nr. 111. Vgl. auch Seuffert, Kommentar Note 2f zu § 288.

Meinung zu sehr am Buchstaben klebt und mit der Zurückführung auf ein summarisches Geständnis eines Tatsachenkomplexes einen Fehler begeht. Sie ist in sich auch widerspruchsvoll, denn der Begriff des Darlehens ist rechtlich durchaus nicht so einfacher Natur. Er umfaßt den Übergang der Sachen aus dem Eigentum des Darlehnsgebers in das des Nehmers, und wir haben oben schon hervorgehoben, daß die Frage, ob Eigentum vorhanden sei, oft erst nach schwierigen Deduktionen zu beantworten ist. Es lag uns nur daran, an dem unter § 288 fallenden Geständnis von Rechtsverhältnissen zu zeigen, daß das Gesetz von Tatsachen spricht, nur um den Gegensatz zur richterlichen Rechtsanwendung hervorzuheben, nicht aber um Rechtsverhältnisse überhaupt auszuschließen.

Wir kommen somit zu dem Schlusse, daß die Rechts- und Tatsachenvermutung zwar unter sich eine qualitative Verschiedenheit haben, daß sie aber als Vermutungen eines Tatbestands, worunter wir Tatsachen und Rechtsverhältnisse zusammen begreifen, beide nur Prozeßstoff schaffen. Daher ist die Stellung des Richters ihnen gegenüber dieselbe, welcher Art auch der präsumierte Tatbestand angehören möge, auf den er schließen muß. Soweit diese Tätigkeit des Richters also in Betracht kommt, brauchen wir auch dieser Einteilung nicht Erwähnung zu tun. Eine Bemerkung über sie wird nur bei dem Beweis zur Widerlegung der Vermutung erforderlich sein.

Zweites Kapitel.

Die Präsumtion als Institut des Prozeßrechts.

§ 7.

Die Wirkung auf die Behauptungstätigkeit.

Unser Prozeß wird bekanntlich von der Verhandlungsmaxime beherrscht, d. h. dem Grundsatz, daß der Richter mit der Beschaffung des tatsächlichen Prozeßstoffes nichts zu tun hat, sondern ihn nur so, wie die Parteien ihn ihm vorbringen, zu beurteilen hat. Zwar ist dies nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber zu folgern aus verschiedenen Paragraphen.[1]) Glaubt nun eine Partei gegen eine andere einen Rechtsanspruch zu haben und ruft sie zu seiner Feststellung oder Durchführung die Entscheidung eines Gerichts an, so muß sie ihren Antrag als begründet dartun, d. h. dem Richter solche Tatsachen unterbreiten, aus denen er kraft seiner Rechtskenntnis nach rechtlicher Würdigung das Bestehen des vermeintlichen Rechtsanspruchs ersehen kann.

Unsere Untersuchung über die Wirksamkeit der Präsumtion wird sich also mit den Fällen beschäftigen müssen, in denen der präsumierte Tatbestand einer Präsumtion mit zu den Tatsachen gehört, die eine Partei dem Gericht vorführen will, und zwar entweder als vorhanden oder als nicht vorhanden. Beides kann ja Voraussetzung des von ihr gerichtlich geltend gemachten Rechtsanspruchs sein, oder

---

[1]) Vgl. z. B. §§ 138, 288, 331, 306, 307, 308 Abs. 1 u. a.

wie man sich auch ausdrücken kann, eine Präsumtion kann für eine Partei streiten oder gegen sie sein. Bei der Beibringung des Tatsachenmaterials sind zwei Stufen zu unterscheiden, nämlich zunächst das Behaupten der Tatsachen, dann das Beweisen derselben. Die erste Frage ist also, wie auf die Behauptungstätigkeit der Parteien eine Präsumtion einwirkt. In diesem Punkt stehen sich die Ansichten der Schriftsteller schroff gegenüber.

Es handelt sich um Folgendes. Hat die Präsumtion die Wirkung, daß, wenn der Tatbestand der Präsumtionsbasis vor Gericht eingeführt ist, jetzt der präsumierte Tatbestand nicht mehr behauptet zu werden braucht, oder muß dies doch noch geschehen, wenn der Richter ihn berücksichtigen soll? Das Prinzip ist ja, daß nur die Tatsachen für den Richter existieren, die ihm ausdrücklich genannt sind; und demgemäß ist Hedemann der Ansicht, daß auch der präsumierte Tatbestand zu behaupten ist, während Rosenberg[1]) die Behauptung der Präsumtionsbasis für genügend hält, weil der Richter die Folgerung auf den präsumierten Tatbestand von Amts wegen vornehmen müsse. Hedemann hat sich Seuffert vollständig angeschlossen, ferner Leonhard, Beckh, Wach und Sattelmacher.[2]) Rosenberg führt als seiner Ansicht an Stein und Kohler.[3])

---

[1]) Rosenberg, Beweislast S. 107.

[2]) Seuffert, Kommentar 9. Aufl. 3b zu § 292; Leonhard, Beweislast S. 264; Beckh, Beweislast S. 90; Wach, Zeitschr. Bd. 29 S. 371 bis 4; Sattelmacher, Ueber die Gültigkeit S. 78.

[3]) Gaupp-Stein, Kommentar 8. und 9. Aufl. II, 2 zu § 292 bei Fußnote 17; Kohler, Enzyklopädie der Rechtsw. Bd. II S. 112.

Wir teilen uns die Beantwortung der Frage so ein, daß wir zunächst von dem Fall sprechen, in dem der vermutete Tatbestand zur Stützung eines Anspruchs als vorliegend eingeführt werden muß. Es ist dies der praktisch wichtigere und zugleich der, auf den sich die oben angeführten Meinungen beziehen. Jedoch halten wir es nicht für überflüssig, danach auf den Fall einzugehen, in dem gerade eine Voraussetzung des Anspruchs ist, daß der präsumierte Tatbestand nicht vorliegt.

Rosenberg gibt in seinem Buche (S. 107) das Buchstabenbeispiel, daß „a und b Voraussetzungen einer Rechtswirkung sind und das Gesetz das Vorliegen von b aus der Existenz von c schließt". Der Richter hat den Schluß von c auf b kraft seines Richteramts zu ziehen. Also genüge das Behaupten von c, ebenso wie die Partei nicht b, sondern nur c zu beweisen brauche.

Hedemann sucht diese Deduktionen aus Rosenbergs eigener Normentheorie zu widerlegen, ist aber dann doch bereit (a. a. O. S. 285 Mitte), ihm zuzustimmen, wenn „die Anwendung des betreffenden Gesetzesparagraphen, der eine Vermutung an bestimmte Voraussetzungen knüpft, Rechtsanwendung" wäre „in der Art, daß der Richter nach erfolgter Feststellung der Voraussetzungen den vermuteten Umstand als Rechtsfolge anzuschließen habe". Er leugnet dann aber, daß eine Rechtsfolge vorhanden sei, „wenigstens nicht in dem Sinne, der allein für das Gebiet der Rechtsanwendung maßgebend sein kann, nämlich in dem Sinne, daß ein Tatbestand vom Gesetz mit materiellen Rechtswirkungen bedacht ist".

Rosenberg hat seinen Standpunkt nochmals ausgesprochen in einer Kritik Hedemanns in der Zeitschr. f. d. d. Zp. Bd. 37 S. 316 ff. Er erklärt hier Hedemanns Ansicht über die Rechtsfolge, die nur bei materiellen Rechtswirkungen Platz greife, für unhaltbar. Und wir können ihm dabei nur zustimmen.[1]) Die Präsumtion zwingt den Richter auf den präsumierten Tatbestand zu schlußfolgern. Wenn ihm also unter dem vorgetragenen Streitstoff die Voraussetzungen einer Präsumtionsbasis entgegentreten, muß er die Präsumtion anwenden. Wir vermögen Hedemanns Ausführungen nicht zu folgen, haben auch sonst in der Literatur keine Stütze für sie gefunden. Man hat im Gegenteil gar keine andere Ansicht, als daß der Richter stets gezwungen ist, die Schlußfolgerung auf den präsumierten Tatbestand zu ziehen. Knapp und klar spricht dies Bunsen[2]) aus: „Diese Schlußfolgerungen hat das Gesetz gemacht, Richter und Parteien sind ihnen wie jeder andern gesetzlichen Bestimmung unterworfen“.

Wenn es trotzdem nach der Zahl der seine Ansicht teilenden Schriftsteller so scheint, als ob Hedemann die herrschende Meinung für sich hätte, so liegt u. E. dabei der

---

[1]) Platz finden mag hier die Bemerkung, daß Rosenberg in der Kritik Hedemanns an dieser Stelle wenig sorgfältig ist. Hedemann (Vermutung S. 289) gibt eine Entscheidung des im Text erwähnten Beispiels, wie Rosenberg sie geben würde, und behauptet dann, jeder sähe, daß sie unhaltbar sei. Rosenberg dagegen bekämpft diese Entscheidung, indem er fälschlich referiert, Hedemann gäbe sie als eigne, nämlich Hedemanns, Ansicht, und schneidet sich damit ins eigne Fleisch.

[2]) Bunsen, Zivilprozeßrecht S. 367.

Gedanke an das Mündlichkeitsprinzip zugrunde, wie er in § 137 Abs. 2 ausgesprochen ist. Danach haben die Vorträge der Parteien, in denen sie den tatsächlichen Streitstoff vor Gericht einführen, das Streitverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen. Und daß es eine umfassende Darlegung sei, wenn nur die Präsumtionsbasis behauptet, der Schluß auf den eigentlich zur Begründung des Anspruchs einzuführenden Tatbestand dagegen dem Richter überlassen wird, kann man gewiß nicht sagen; jedenfalls nicht in dem Falle, daß der Tatbestand der Präsumtionsbasis nicht in den Tatbestand, auf den der Kläger seinen Anspruch gründet, enthalten ist; als wenn z. B. der Kläger sich darauf stützt, daß er Eigentümer sei, aber nur behauptet, er sei Besitzer. In dem Falle dagegen, daß der Tatbestand der Präsumtionsbasis zugleich anspruchbegründender Tatbestand ist, ist man wohl berechtigt, von einer umfassenden Darlegung schon zu sprechen, wenn nur dieser eingeführt ist. Es klagt z. B. jemand aus einer Hypothek. Eine Hypothek entsteht durch Einigung und Eintragung; beides müßte der Kläger also zur Begründung seines Anspruchs anführen. Aber die Präsumtion des § 891 enthebt ihn der Notwendigkeit von der Einigung zu sprechen. Er fordert und sagt einfach, er sei im Grundbuch als Hypothekengläubiger eingetragen. Offensichtlich liegt darin die prozessual nötige Behauptung des Bestehens der Hypothek, also auch der erfolgten Einigung. Bei den nachfolgenden Ausführungen haben wir daher hauptsächlich den ersten Fall im Auge (vgl. unten Rosenbergs Buchstabenbeispiel). Wir glauben, daß obige Vorschrift die Stütze für

Hedemanns Ausführungen ist, mit denen er Rosenbergs eigene Normentheorie gegen ihn ins Feld führen will. Wenn der Kläger die Voraussetzungen der Norm zu behaupten hat, deren Rechtswirkung er geltend macht (Rosenberg, Beweislast S. 58), und a und b Voraussetzungen einer Rechtswirkung sind, so scheint es doch zunächst als sinngemäß, daß er a und b behaupten muß, auch wenn b präsumiert wird auf Grund von c. Man kann sich nicht an den Gedanken gewöhnen, daß in letzterem Fall auf einmal b nicht mehr behauptungsbedürftig sein soll. Aber es ist so. Jedenfalls Hedemanns Gegengründe sind nicht durchschlagend. Richtig ist allerdings der Gedanke, daß dann der Vorschrift des § 137 Abs. 2 nicht genügt ist. Wollte man aber hierauf eine Abweisung der Ansicht Rosenbergs gründen, so wäre das eine Überspannung des Prinzips.

Der Streit, in dem sich theoretisch die Ansichten so schroff gegenüberstehen, verliert vom praktischen Standpunkt aus fast seine ganze Bedeutung.[1]) Nehmen wir an, im Verhandlungstermin verhandeln beide Parteien streitig zur Sache, stellen ihre Behauptungen auf, und es streitet eine Präsumtion für den Kläger. Sein Klageantrag stützt sich auf den präsumierten Tatbestand, er behauptet aber nur den Tatbestand der Präsumtionsbasis. Schon daß dies in der Praxis vorkommen sollte, ist recht unwahrscheinlich,

---

[1]) Denselben Gedanken drückt Hedemann in Anm. 7 auf S. 289 aus: „Diese Last (die Pflicht, auch den präsumierten Tatbestand zu behaupten) wird kaum als drückend empfunden werden“.

denn es liegt doch so sehr nahe, auch den präsumierten Tatbestand zu behaupten. Aber gesetzt, er täte es nicht, dann sind seine Ausführungen nicht als vollständig zu bezeichnen. Es tritt die sogenannte Fragepflicht des Gerichts ein. Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden (vgl. § 139 Z.P.O.). Im Verfahren vor den Amtsgerichten hat das Gericht sogar dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen (vgl. § 503). Allerdings wird durch die Fragestellung nur die Anregung zu Behauptungen usw. gegeben, die vorzubringen oder nicht vorzubringen immer noch bei der Partei steht.[1]) Aber es ist immer anzunehmen, daß unsere Partei nun auch den präsumierten Tatbestand behaupten wird. Eher darf der Richter seine Fragen gar nicht einstellen. Wenn er aber seine Fragepflicht vernachlässigt oder die Partei auf seine Fragen beharrlich schweigt, was dann? Wir sind der Ansicht, daß in ersterem Falle das Gericht nicht am Buchstaben kleben darf, sondern unter Berücksichtigung des unsere ganze Rechtspflege beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben den präsumierten Tatbestand als mitbehauptet ansehen muß. Man mag von den Präsumtionen nehmen, welche man will. Immer wird man sagen können, daß

---

[1]) Seuffert a. a. O. 9. Aufl. 1b zu § 139.

der Kläger, der zur Stützung seines Anspruchs sich auf eine präsumierte Tatsache berufen muß, aber nicht diese selbst einführt, sondern nur den Tatbestand der Präsumtionsbasis, damit auch die präsumierte Tatsache behauptet. Es ist ja doch klar, daß er fortwährend an den präsumierten Tatbestand denkt, nur seine Gedanken nachlässigerweise nicht ausspricht, etwa weil er sie für selbstverständlich hält. Erst in dem zweiten Fall wird unsere theoretische Entscheidung praktisch. Und da meinen wir allerdings gegen Hedemann, daß der Rechtsstreit nicht „rettungslos verloren geht“, sondern daß der gesetzliche Schluß aus der Präsumtion vom Richter anzuwenden ist und die Behauptung des vermuteten Tatbestands ersetzt. Der § 137 Abs. 2 muß als eine bloße Sollvorschrift weichen.

Aus der älteren Literatur ist hervorzuheben, daß schon Burckhard (S. 366 ff.) über dasselbe Thema geschrieben hat. Auch er spricht davon, daß meist die Angabe der speziellen Tatsachen, auf welche der Angriff oder Gegenangriff des Vermutungshabers sich gründet, stillschweigend in der Berufung auf die Prämisse der Präsumtion enthalten ist. In andern Fällen meint er, daß ein ausdrückliches Behaupten der betreffenden Tatsachen erforderlich ist. Die Begründung liegt dann in der besonderen Gestaltung einiger Präsumtionen des gemeinen Rechts, bei denen „die Präsumtion einen größeren Umfang hat und die aus der Prämisse hervorgehende rechtliche Folge auf verschiedenartigen Tatsachen beruhen kann“. Nach ihm findet sich bei Wächter[1]) die

---

[1]) Wächter, Pandekten Bd. I S. 522.

kurze Bemerkung: „überhaupt ändert die Tatsache, welche Fundament eines Anspruchs ist, diese ihre Natur nicht dadurch, daß sie vom Gesetze infolge einer anderweiten Tatsache präsumiert wird. Der Kläger hat sie also als Teil seines Klaggrundes an- und auszuführen." Die Frage kam erst im Jahre 1900 wieder in Fluß, nachdem Rosenberg gegen Fischer[1]) und Beckh[2]) die Befreiung von der Behauptungslast dargelegt hatte. Fischer hatte nämlich in einer Kritik den § 189 des Entwurfs zum B.G.B. besser auszudrücken gemeint mit den Worten: „eine Behauptung, für welche eine gesetzliche Präsumtion vorliegt, ist ohne Beweis bei der tatsächlichen Feststellung so lange zu berücksichtigen, als nicht das Gegenteil feststeht".

Wir gehen zur Besprechung der bei Darstellung des heutigen Stands unserer Streitfrage erwähnten Literatur über. Leonhard sagt auch, daß der präsumierte Tatbestand trotz der Vermutung behauptet werden muß, und gibt das Beispiel, daß jemand eine Eigentumsklage erhebt, in der Klagschrift sich aber nur auf seinen Besitz beruft. Er meint, der Kläger könne dann kein Versäumnisurteil erwirken, man könne dem Beklagten, dem eine solche ganz haltlose Klage zugestellt wird, nicht zumuten, sich zu überlegen, ob daraus nicht durch Vermutung eine begründete Klage gefolgert werden könne. Leonhard könnte für sich die Bestimmung des § 375 Nr. 3 anführen, nach der der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils zurückzuweisen ist, wenn

---

[1]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 23.

[2]) Beckh, Beweislast S. 90 a. E.

der nicht erschienenen Partei ein tatsächliches mündliches Vorbringen nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war, in Verbindung mit § 130 Nr. 3, nach dem die vorbereitenden Schriftsätze die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden tatsächlichen Verhältnisse enthalten sollen. Aber es ist wohl zu bemerken, daß damit in Wahrheit auf Vorschriften, die die Form der schriftlichen Klagerhebung betreffen, abgezielt wird, während unser Thema die Frage ist, ob in dem mündlichen Parteivorbringen der präsumierte Tatbestand mitenthalten sein muß oder ob das Behaupten der Präsumtionsbasis genügt. Es wäre das also kein Einwand gegen unseren Standpunkt in unserer Frage, wenn auf Grund obiger Vorschriften die Erlassung eines Versäumnisurteils unstatthaft sein würde.

Sattelmacher, Seuffert und Beckh, die auch der Ansicht sind, daß die Präsumtion denjenigen, welcher sich auf sie beruft, nicht der Notwendigkeit enthebt, den zu vermutenden Tatbestand zu behaupten, bringen keine weitere Begründung. Auch Wach spricht von der Pflicht des Behauptens nur nebenher. Seine Ausführungen beschäftigen sich vor allem mit dem Einfluß der Vermutungen auf die Beweistätigkeit.

Als Vertreter ihrer Ansicht wird von Rosenberg und Leonhard auch Kohler bezeichnet nach seinen Worten in der von ihm herausgegebenen Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (begründet von Fr. von Holtzendorff) im Abschnitt Zivilprozeß- und Konkursrecht. Das ist richtig. Auch nach Kohler braucht der präsumierte Tatbestand nicht besonders behauptet zu werden. Wir glauben aber, darauf hinweisen zu müssen, daß Kohlers Standpunkt doch noch ein etwas

anderer ist. Er führt an der bezeichneten Stelle aus, daß man die Tatsache in anspruchserzeugende, anspruchbeendende und anspruchhindernde Tatsachen einteilen könne. Diese Einteilung entstehe aber erst durch die prozessuale Behandlung. Nicht selten jedoch zerschlüge das materielle Recht selbst eine Tatsacheneinheit in zwei Teile. Er bezeichnet dann die Präsumtionen als solche Rechtssätze, durch die die Rechtsordnung eine Tatsachengruppe in zwei Teile zerlege und erkläre, daß aus der einen Hälfte schon das Recht hervorgehe, aber unter der Voraussetzung, daß nicht eine zweite gegenteilige Hälfte von Tatsachen vorliege. Es könne z. B. bei der Frage, ob das Eigentum an einem Grundstücke jemandem zustehe, zu dieser zweiten gegenteiligen Hälfte die Tatsache gehören, daß die Eintragung durch einen Geschäftsunfähigen veranlaßt worden ist. Daß dies nicht vorliege, sei eigentlich von dem zu behaupten, der das Eigentumsrecht in Anspruch nehme. Die Rechtsordnung erlasse ihm dies aber durch die Bestimmung des § 891 die dem im Grundbuch Eingetragenen die Vermutung an die Seite stellt, daß ihm das Recht zustehe. Wenn es sich darum handele, ob ein genügender Tatbestand behauptet ist, damit darauf hin eine Verurteilung im Versäumnisverfahren ergehen kann, so genüge es demgemäß, wenn der Kläger, wo eine Rechtsvermutung für ihn besteht, die der Vermutung entsprechende eine Hälfte der Tatsacheneinheit behauptet.

Das Resultat ist also dasselbe, die Begründung eine ganz andere. An anderer Stelle[1]) führt Kohler zu diesem

[1]) Kohler, Technik der Gesetzgebung. Archiv Bd. 96 S. 364.

Thema noch aus, diese Vermutungssätze entsprächen demjenigen, was das englische Recht das prima facie Recht nennt. „Sie bieten nicht etwa eine doppelte Rechtsordnung, denn es heißt nicht, daß etwas unter besonderen Voraussetzungen gilt oder mindestens zwischen zwei Parteien gilt, sondern nur, daß unter den besonderen Umständen etwas bis auf weiteres anzunehmen ist, daß es anzunehmen ist, falls nicht Gegenumstände vorliegen, die entweder jetzt schon erkannt sind oder nachträglich erkannt werden. Hiernach sollte man meinen, daß diese Bestimmungen bloß prozessualer Natur wären und mithin nicht in das Zivilgesetzbuch gehörten. Allein man würde solchen Gesetzessätzen nicht gerecht werden; das prima facie Recht will nicht nur ein Recht für den Richter sein, sondern es hat die Bedeutung, daß alle Personen, welche mit derartigen Dingen zu tun haben, befugt sind, den Folgetatbestand b anzunehmen, falls der Tatbestand a vorliegt; nicht nur der Prozeßrichter, sondern jeder Beamte, an den der Zweifel herantritt, vor allem auch der Beamte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, auch der Verwaltungs- und Polizeibeamte, ja auch die Privatbeamten, auch die Organe einer juristischen Person sind gerechtfertigt, wenn sie, von dieser Annahme ausgehend, handeln, ja sie sind bei einem abweichenden Handeln nur gerechtfertigt, wenn sie zu einer entgegengesetzten Annahme Gründe finden konnten. Solche Bestimmungen sind also verbindliche Instruktionen an alle staatlichen Organe und auch an sonstige Personen, die in einer verantwortlichen Weise im Rechtsverkehr zu handeln haben."

Mit dieser Ansicht nimmt Kohler eine Sonderstellung in der Literatur ein, denn sonst ist man allgemein der Ansicht, daß die Präsumtionen eine Wirksamkeit nur im Prozesse entfalten.[1]) Rosenberg zeigt diese Auffassung nicht, und auch wir können Kohler nicht folgen. Man kann vielleicht sagen, es tritt infolge der Rechtspräsumtionen schon außerhalb des Prozesses der durch sie Begünstigte in eine tatsächliche Stellung, als wenn ihm das Recht wirklich zustände, und in dieser Rechtsposition bleibt er, bis im Prozesse der Gegenbeweis angetreten wird. Das erklärt sich sehr einfach dadurch, daß sich jeder, der mit einem Vermutungsinhaber zu tun hat, in acht nimmt und es so leicht nicht zu einem Prozeß kommen läßt, weil er weiß, daß das Recht des andern wegen der Präsumtion vom Richter vorerst angenommen werden muß und ihm selbst der Beweis des Gegenteils zur Last fällt. Aber ein wirkliches Recht kann man ihm doch nicht zusprechen. Ein Recht besteht oder besteht nicht; es kann auflösend bedingt sein, dann besteht es wenigstens augenblicklich, oder aufschiebend bedingt sein, dann besteht es wenigstens augenblicklich noch nicht, sondern man kann nur erwarten, daß es entsteht. Aber ein Recht kann unmöglich unter der Bedingung bestehen, daß es augenblicklich infolge anderer Umstände nicht besteht. Immerhin kann man vielleicht von einer sonstigen Wirkung der Rechtspräsumtionen auch nach der materiellrechtlichen Seite hin sprechen, die aber nicht unser Thema ist.

---

[1]) Vgl. z. B. Stein, Kommentar § 292 Note I.

Also nur mit dieser Einschränkung, daß Kohler eine ganz andere Auffassung vom Wesen einer Präsumtion hat, können wir ihn als Vertreter der Ansicht, der auch wir folgen, anführen.

Vollständig an Rosenberg hat sich Stein[1]) angeschlossen mit den Worten: „die vermutete Tatsache braucht nicht behauptet zu werden; die Vermutung ist ein Rechtssatz, den der Richter von sich aus anwendet".

Es bleibt noch gemäß unserer Einteilung auf S. 55 oben eine Erörterung übrig über den Fall, daß zur Begründung eines Anspruchs das Nichtvorliegen eines Tatbestands gehört, für dessen Vorliegen eine Präsumtion besteht. Der Tatbestand der Präsumtionsbasis ist eingeführt. Nach unserer Ansicht wird dann das Vorliegen des präsumierten Tatbestands gefolgert, ohne daß dies behauptet zu werden braucht. Behandelt worden ist dieser Fall unseres Wissens bis jetzt nur von Hedemann (vgl. S. 289). Praktisch vorkommen wird er besonders im Versäumnisverfahren, wenn sich aus dem vom erschienenen Kläger vorgetragenen Tatbestand ergibt, daß gegen seinen Anspruch eine Präsumtion für den Beklagten streitet. Aber auch im kontradiktorischen Verfahren kann er eintreten, nämlich dann, wenn der Beklagte, dem das Nichtvorliegen des präsumierten Tatbestands brauchenden Kläger, der aber den Tatbestand der Präsumtionsbasis eingeführt, nicht die Gegenbehauptung entgegensetzt, daß er vorliege; sondern in anderer Weise in dem Termin verhandelt, z. B. nur eine Einrede im zivil-

---

[1]) Stein, Kommentar § 292 Note II.

rechtlichen Sinne erhebt. Wir nehmen Hedemanns Beispiel, in dem ein Eigentumsherausgabeanspruch geltend gemacht wird. Der Kläger trägt vor, daß der Beklagte den in Anspruch genommenen Gegenstand besitzt. Voraussetzung dafür, daß der Kläger siegt, ist, daß sein Eigentum festgestellt wird, was in sich begreift, daß auf seiten des Beklagten Eigentum nicht vorliegt. Nach § 1006 wird aber vermutet, daß der Besitzer einer beweglichen Sache auch Eigentümer sei. Jetzt erklärt es Hedemann für unhaltbar, daß der Richter die Vermutung von Amts wegen anwende und vom Kläger den Beweis des Gegenteils verlange. Wir meinen, daß das ganz richtig wäre.

Im Versäumnisurteil ist nach dem Klagantrag zu erkennen, soweit das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers ihn rechtfertigt; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen (vgl. § 331 Abs. 2). Dabei ist das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen (vgl. § 331 Abs. 1). Das Gericht hat die maßgebenden Rechtsnormen auf die Behauptungen des Klägers anzuwenden und zu untersuchen, ob sich aus diesen das vom Kläger behauptete Recht ergibt. In dem Wortlaut des Gesetzes zeigt sich klar,[1]) daß das Gericht auch Rechtsfolgerungen ziehen muß, die dem Kläger ungünstig sind, wenn sich solche aus seinem Vorbringen ergeben, z. B. daß er keinen Anspruch aus einem angeblich mit dem Beklagten geschlossenen Vertrage habe, weil er zur Zeit des Vertragsschlusses geschäftsunfähig war, wie aus den von

---

[1]) Seuffert, Kommentar 2c zu § 331.

ihm angegebenen Daten erhellt. Unberücksichtigt hat es dagegen das Gericht zu lassen, wenn der Fall so liegt, daß dem Beklagten eine Einrede im zivilrechtlichen Sinne, z. B. die Einrede der Verjährung zustehen würde. Das ist ganz natürlich, denn es steht im Belieben des Beklagten, ob er die Einrede erheben will oder nicht. Die Anwendung einer Präsumtion jedoch ist unabhängig von dem Belieben desjenigen, dem sie günstig ist. Sie ist einfach ein Rechtssatz, den der Richter, wenn der Tatbestand der Präsumtionsbasis festgestellt wird, anwenden muß. Darum sehen wir auch keinen Grund, weshalb der Richter im Versäumnisverfahren nicht die für den nicht erschienenen Beklagten streitende Präsumtion berücksichtigen solle, wenn der Kläger den Tatbestand der Präsumtionsbasis behauptet.

Ebenso muß der Fall behandelt werden, wenn er im kontradiktorischen Verfahren eintritt, was, wie oben gesagt, nicht ausgeschlossen ist. Augenscheinlich findet Hedemann es absurd, von dem Kläger den Beweis des Gegenteils zu verlangen. Wie soll ein Gegenbeweis geführt werden gegen etwas, was überhaupt nicht behauptet ist? Wir finden des Rätsels Lösung darin, daß die amtliche Schlußfolgerung des Richters einer ausdrücklichen Behauptung gleichwertig ist und daß der Beweis des Gegenteils gemäß den Vorschriften der §§ 138 Abs. 2 und 331 Abs. 1 dadurch als geführt anzusehen ist, daß die Behauptungen des beweisbelasteten Klägers unbestritten bleiben.

§ 8.

Die Wirkung auf die Beweistätigkeit.

Haben die Parteien die ihnen obliegende Behauptungstätigkeit voll erfüllt, so tritt die Aufgabe der Beweistätigkeit an sie heran, die wir oben als zweite Stufe des tatsächlichen Vorbringens der Parteien bezeichnet haben. Es genügt nicht, daß die Tatsachen, die der Richter rechtlich würdigen soll, eingeführt werden; es muß auch bei dem Richter die Überzeugung ihres tatsächlichen Bestehens erweckt werden. Letztes Erfordernis tritt immer ein, jedoch sind die Wege zu seiner Erfüllung verschieden.

Es ist möglich, daß zu seiner Erfüllung eine besondere Parteitätigkeit notwendig wird, die wir Beweisen nennen; der andere Weg ist, daß durch besondere Vorschriften der Z.P.O. der Partei diese Arbeit erspart wird, indem der Richter unter gewissen Umständen den Beweis einer Tatsache als geführt annehmen muß. Eine solche Vorschrift ist die des § 138 Abs. 2, nach der Tatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, als zugestanden anzusehen sind, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht. Zugestandene Tatsachen aber muß der Richter als voll bewiesen hinnehmen, denn nach der Verhandlungsmaxime hat er weder Recht noch Pflicht, über das Parteivorbringen hinaus nach der absoluten Wahrheit zu forschen.

Weiter wollen wir als Beispiel anführen, daß eine bei Gericht offenkundige[1]) Tatsache vom Beklagten bestritten

---

[1]) Vgl. Fr. Stein, Das private Wissen, besonders S. 153 unten und S. 163. Stein bezeichnet als das Wesen der Offenkundigkeit die

wird, also vom Kläger bewiesen werden müßte. Aber durch die besondere Vorschrift des § 291 Z.P.O. wird er vom Beweis befreit. Das Gericht erwidert selbst dem Beklagten, sein Bestreiten sei unnütz; daß diese Tatsache vorliege, wisse es selbst, die brauche der Kläger nicht zu beweisen.

Für eine der Bestimmung des § 291 ähnliche Vorschrift halten wir die des § 292, die bekanntlich die Wirkung der Präsumtionen festlegen soll. Der Kläger muß zur Begründung der von ihm geltend gemachten Rechtswirkung eine Reihe von Tatsachen a, b, c, d beweisen. Es besteht die Präsumtion von einer Tatsache e auf d. Der Beweis von d ist schwer, der von e leichter zu führen. Da beweist er e und überläßt dem Gericht den gesetzlichen Schluß auf d. Durch den Zufall, daß ihm eine Präsumtion zur Seite steht, genießt er die Vergünstigung, daß er nicht die ganze Schwere der Beweisführung zu tragen braucht, sondern ein leichteres Beweisthema sich aussuchen kann mit der Wirkung, daß sein Beweis zunächst als ein vollständiger angenommen wird. Die Wirkung der Präsumtion ist gewissermaßen eine automatische Beweistätigkeit. Sie nimmt dem Menschen die Arbeit des Beweisführens für den vermuteten Tatbestand zum Teil ab. Sie ist wie ein Hebel. Der leichte Druck auf den langen Hebelarm, welcher genügt, um die auf dem kurzen ruhende schwere Last zu heben,

---

vorprozessuale Überzeugung der erkennenden Richter, die er auf Grund einer Beweisaufnahme gewonnenen Ueberzeugung von der Wahrheit gleich zu setzen ist.

entspricht dem leichteren Beweis der Präsumtionsbasis, die schwere Last den präsumierten Tatbestand.

Es wurde schon oben gesagt, daß auch der Fall möglich ist, daß gerade das Nichtbestehen des präsumierten Tatbestandes einer Präsumtion vom Kläger zu beweisen ist. Die Wirkung der Präsumtion bleibt dieselbe. Wenn die Präsumtionsbasis feststeht, ist automatisch der präsumierte Tatbestand zunächst als vorliegend bewiesen. Demnach müssen wir allgemein sagen, daß so wie vorstehend geschildert sich die Wirkung der Vermutung auf die Beweistätigkeit dessen darstellt, dem sie günstig ist.

Daß die Präsumtion die geschilderte beweisschaffende Wirkung hat, ist die allgemeine Ansicht von jeher gewesen. Seufferts Frage (siehe oben S. 20): Was soll denn die Vermutung anders bedeuten? hat nie eine andere Beantwortung gefunden. Wie man sich diese Wirkung des näheren zu denken habe, ist eine andere Frage, die wir unten erörtern werden; daß die Präsumtion zunächst einen Beweis schafft, ist sicher. So schreibt Vorst,[1]) es „ersetzt die gesetzliche Vermutung den Beweis und gilt folglich wie ein Beweis, aber nicht . . . bloß weil sie Wahrscheinlichkeit gibt, sondern weil das Gesetz sie anstatt Beweises gelten läßt“. Burckhard[2]) spricht von seinen zivilistischen Präsumtionen nur als von „positiven Rechtssätzen des Inhalts, daß ohne den nach allgemeinen Beweisregeln erforderlichen Beweis ein bestimmter Umstand als bewiesen angenommen

---

[1]) Vorst, Beweislast S. 51.

[2]) Burckhard, Präsumtionen S. 193 und sonst.

werden solle". Für den gemeinen Zivilprozeß behandelt noch im Jahre 1873 Renaud[1]) eine Rechtsvermutung als „Annahme des Beweises einer Begebenheit, welche ein Rechtssatz an gewisse andere Tatsachen, deren Beweis vorausgesetzt, knüpft". Dann wurde ja (vgl. oben § 6) gesetzlich festgelegt, daß der präsumierte Tatbestand vom Richter „bis zum Beweise des Gegenteils als gewiß anzusehen" sei. Und für das heutige Recht muß dasselbe gelten, wenn es auch im Gesetz nicht ausgesprochen ist. Das Gericht muß „die vermutete Tatsache ohne Beweis seinem Urteile zu Grunde legen", wie Rosenberg[2]) sich ausdrückt. Unsere Ansicht steht der Bunsens[3]) besonders nahe. Er schreibt: „Die tatsächliche Behauptung, für welche nach dem Gesetze eine Vermutung streitet, bedarf des Beweises nicht. Insofern tritt hier also derselbe Erfolg ein, wie wenn eine Tatsache notorisch oder gerichtlich zugestanden ist".

Was die Stellung des Gegners betrifft, so wurde schon darauf hingewiesen, daß der durch die Präsumtion geschaffene Beweis kein endgültiger ist. Sowohl gegen die Vermutung des täglichen Lebens, wie oben in unserer allgemein-logischen Erörterung gesagt ist, als auch gegen die gesetzlichen Präsumtionen ist ein Beweis des Gegenteils denkbar.[4])

---

[1]) Renaud, Gemeines Zivilprozeßrecht S. 277.

[2]) Rosenberg, Beweislast S. 105.

[3]) Bunsen, Zivilprozeßrecht S. 368.

[4]) Daß auch das Bestehen der Präsumtionsbasis angegriffen und so die Vermutung zu Fall gebracht werden kann, ist selbstverständlich und im Rahmen dieser Arbeit nicht zu besprechen.

Dieser Beweis des Gegenteils hat eine besondere Natur, die ihn von dem gewöhnlichen Gegenbeweis unterscheidet. Alle Beweistätigkeit hat das Ziel, in dem Richter die Überzeugung des wirklichen Bestehens einer Tatsache zu erwecken; dazu dient das Anführen von Beweismitteln, nach denen sich die Überzeugung des Richters bilden soll. Solche Beweismittel sind Urkunden, Zeugen, Sachverständige usw. Nehmen wir jetzt an, daß eine Partei die Tatsache A zu beweisen hat; sie führt die Beweismittel a, b, c an. Der Richter bildet sich aus diesen noch nicht eine feste Überzeugung, sondern hört zuvor die Beweismittel der andern Partei, welche das Bestehen der Tatsache A leugnet und sich zum Beweise dieser ihrer Gegenbehauptung erboten hat. Demgemäß bringt sie d, e vor; der Richter wägt die Beweismittel a, b, c, d, e gegen einander ab und gewinnt daraus seine Überzeugung. Das Vorbringen der Beweismittel d, e bezeichnen wir als Gegenbeweistätigkeit. Sie hat also das Eigentümliche, daß sie die wachsende Überzeugung des Richters zu beeinflussen sucht.

Der Beweis des Gegenteils dagegen richtet sich gegen die schon gewonnene Überzeugung des Richters, nämlich gegen die, welche er — dem gesetzlichen Befehl der Präsumtion gehorchend — hat annehmen müssen. Von Amts wegen hat der Richter, nach dem er die Überzeugung vom Vorliegen der Präsumtionsbasis A gewonnen hat, auf B schließen müssen. Die Gegenpartei sucht die Vermutung zu entkräften mit Hilfe der Beweismittel a, b. Dabei muß sie gegen eine schon bestehende Überzeugung kämpfen. Erfolg hat sie also nur, wenn es ihr gelingt, nicht nur die

Ueberzeugung des Richters zu erschüttern, sondern die Ueberzeugung vom Bestehen des Gegenteils neu in ihm zu gründen. Ihre Aufgabe ist es, einen Hauptbeweis zu führen, wie man diesen Fall des Beweisenmüssens in der Wissenschaft allgemein bezeichnet.

Dieselbe Ansicht über den Beweis des Gegenteils einer Präsumtion hat auch Hedemann (a. a. O. S. 128 und 318). Er bezeichnet als „Ziel der Widerlegung den vollen Beweis des Gegenteils, der erst dann erbracht ist, wenn . . . die wirkliche Existenz des Andersseins bewiesen ist".[1]) Auch über den Gegenbeweis decken sich seine Ausführungen ihrem Inhalt nach mit den unsrigen. Er bezeichnet als dessen Eigentümlichkeit, daß der Richter von seiner Annahme, es sei der Hauptbeweis erbracht, schon in dem Augenblick abgebracht wird, wo ihm erneut die Möglichkeit des Andersseins gegeben erscheint. Es läuft dies letzten Endes auf dasselbe hinaus, was wir oben ausgeführt haben. Denn solange der Richter von seiner Ueberzeugung durch die bloße Möglichkeit des Andersseins abgebracht werden kann, ist seine Ueberzeugung eben noch im Wachsen begriffen. Aus der neueren Literatur ist noch hinzuzufügen, daß auch Kleinfeller[2]) der Ansicht ist, daß der Beweis zur Entkräftung einer Vermutung kein Gegenbeweis ist. Gegen seine Begründung haben wir allerdings etwas einzuwenden.[3])

---

[1]) In Anm. 5 auf S. 317 führt Hedemann die herrschende Meinung für sich an.

[2]) G. Kleinfeller, Zivilprozeßrecht S. 323.

[3]) Siehe unten S. 91 oben.

In der Literatur vor Hedemann ist allgemein die Ansicht ausgesprochen, daß es sich um einen Hauptbeweis handelt. Schon die Gesetzesworte „Beweis des Gegenteils", nicht Gegenbeweis weisen darauf hin. So finden wir bei Rosenberg[1]) den Satz: Weil das positive Gegenteil der vermuteten Tatsache feststehen muß, wenn die Vermutung widerlegt sein soll, „ist der Beweis des Gegenteils auch kein Gegenbeweis, der schon geführt ist, wenn die Ueberzeugung von der Wahrheit erschüttert ist und Zweifel an ihre Stelle treten". Für das gemeine Zivilprozeßrecht referiert Hedemann (S. 317 Anm. 5) nach Burckhard, es habe keine solche Uebereinstimmung bestanden; Burckhard selbst sei für Gegenbeweis. Burckhardt schreibt allerdings:[2]) „Daraus, daß die Folge (eines Beweises durch Präsumtion) keine andere ist als bei einem auf gewöhnliche Art geführten Beweise, ergibt sich von selbst, daß der zulässige Gegenbeweis dahin gerichtet ist, die angenommene Tatsache sei trotz der gesetzlichen Annahme nicht wahr; der Beweis des Gegners des Vermutungshabers ist demnach kein Hauptbeweis . . ., sondern es ist ein sogenannter direkter Gegenbeweis . ." Diese Stelle meint Hedemann. Wenn Burckhard aber auch fortwährend von Gegenbeweis spricht und auch die Grundsätze des Gegenbeweises, also besonders, „daß man sich zur Führung des direkten Gegenbeweises des Eidesantrags nicht bedienen kann", anwenden will, so ist doch zu bedenken, daß die gemeinrechtliche Wissenschaft etwas anderes unter

---

[1]) Rosenberg, Beweislast S. 104.

[2]) Burckhard, Präsumtionen S. 327 f.

Gegenbeweis verstand als die heutige. Für die wahre Stellung Burckhards möchten wir die Stelle heranziehen, die lautet (S. 343): „Das Resultat ist also, daß . . . die bloße Möglichkeit des Andersseins zur Entkräftung der Präsumtion nicht genügt, sondern daß der Gegenbeweis nur auf das wirkliche Anderssein gerichtet werden kann". Aus dieser Stelle geht klar hervor, daß nach den heutigen Begriffen auch er meint, daß es sich um einen Hauptbeweis handelt.

Ebenso liegt die Sache bei Unger, welcher sagt:[1]) „Durch Rechtsvermutungen geht auf den Gegner des Behauptenden die Last des (Vor-, Haupt-) Beweises nicht über, sondern es entsteht nur für ihn die Veranlassung zur Gegen-Beweisführung". Ferner schreibt er:[2]) „Dieser Beweis erscheint insofern als Gegenbeweis, als der Gegner desjenigen, für welchen die Vermutung streitet, Gründe gegen die Fürwahrannahme der kraft Rechtsvorschrift zu präsumierenden Behauptung vorbringt". Wir glauben nicht, daß es berechtigt ist, wie Hedemann es tut, hiernach Unger als der Ansicht, daß ein Gegenbeweis nach unsern Begriffen vorliege, anzuführen. Wie aus seinen letzten Worten hervorgeht, leitet er die Bezeichnung Gegenbeweis nur aus der formellen Stellung des Beweises ab. Zu unserer Frage sagt er damit nichts.

Dafür, daß wir Burckhards und Ungers Ansicht richtig erkannt haben, spricht noch eine Stelle bei Wetzell:[3]) „ . . .

[1]) Unger, Österreichisches Privatrecht Bd. 2 S. 582 Anm. 14.
[2]) Ebenda S. 583 Anm. 17.
[3]) Wetzell, Zivilprozeß S. 160.

Anwendung finden die rechtshindernden Einreden da, wo sie eine auf andere Tatsachen gestützte Präsumtion zu widerlegen bezwecken. Hat der Kläger mit Hilfe einer solchen die Klage begründet, so fällt die der präsumierten Tatsache direkt entgegenstehende Tatsache unter den Gesichtspunkt der Einrede." Wenn man die Sache so ansieht, ist man allerdings berechtigt, von einem direkten Gegenbeweis zu sprechen. Die Auffassung ist auch heute noch nicht falsch, wenn man nur dem „Gegenbeweis" die Natur eines Hauptbeweises zuerkennt. Man spricht ja auch oft der Kürze wegen von Gegenbeweis, wenn man den Beweis des Gegenteils eines präsumierten Tatbestands meint. Nach dieses Zweifeln erscheint die Fassung des Gesetzes „Beweis des Gegenteils" besonders gut getroffen.

Für die Führung des Beweises des Gegenteils sind die allgemeinen Regeln über die Führung eines Hauptbeweises maßgebend. Er ist zunächst immer auf Tatsachen zu richten, was auch für die Widerlegung der Rechtspräsumtionen gilt. Wie wir oben gesehen haben, wird hier ein wirkliches Recht vermutet. Wer dies widerlegen will, muß also bestreiten, daß es vorliege und Tatsachen beweisen, aus denen der Richter kraft seiner Rechtsanwendung das Nichtbestehen des präsumierten Rechts schließen kann. Ob er es tut, steht bei ihm, da er das Monopol der Rechtsanwendung hat. Hier ist also ein kleiner Unterschied der Rechts- und der Tatsachenpräsumtionen, der aus dem Grundsatze: narra mihi factum, narra tibi ius folgt, im übrigen aber keine Bedeutung hat (vgl. § 6).

Die Gültigkeit der allgemeinen Regeln wurde ferner

für die Frage der Beweiswürdigung ausgesprochen und, soviel wir sehen, von der Wissenschaft nicht bestritten vom Reichsgericht in einer Entscheidung Bd. 49, 6: „Der Richter hat gemäß der allgemeinen Vorschrift des § 286 Z.P.O. unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung . . . zu entscheiden“.

Für die Frage, mit welchen Beweismitteln unser Beweis geführt werden könne, haben wir die Bestimmung des § 292 Abs. 2 Z.P.O. Wir haben diesen Paragraphen schon oben erwähnt, möchten ihn aber an dieser Stelle den zweiten Absatz noch einmal anführen. Er lautet:

„Dieser Beweis kann auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der §§ 410 ff. geführt werden“.

Wir können diesen Paragraphen nicht als Argument für unsere Ansicht über die Natur unseres Beweises des Gegenteils verwenden, wie Hedemann dies tut (a. a. O. S. 129 und 318) mit der Behauptung, daß der Eid nach § 446 verschlossen sein würde, wenn es sich um einen Gegenbeweis handelte. Denn eine Gegenbeweisführung sei stets auf Tatsachen gerichtet, „deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet“. Dies können wir nicht in vollem Umfange zugeben,[1]) denn § 446 schließt nur eine Eideszuschiebung über eine Tatsache aus, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet. Es ist doch aber nicht nötig, daß der Richter immer durch eine Beweisführung sofort

---

[1]) Allerdings ist auch Kleinfeller (Lehrbuch S. 323) derselben Meinung.

voll überzeugt wird. Nimmt er allerdings den Beweis als erbracht an, so wird § 446 wirksam. Aber soweit nicht Beweisregeln eintreten, hängt es doch ganz von seiner freien Beweiswürdigung ab, ob er sich voll überzeugen lassen will. Bis dahin meinen wir, ist auch zur Gegenbeweisführung Eideszuschiebung statthaft.[1])

Wir sehen also in der Vorschrift des § 292 Abs. 2 nur eine Bestätigung unserer Ansicht, die wir auf deduktivem Wege gefunden haben. Wenn demnach dem Gericht keine Schranken gesetzt sind bei der Beurteilung der Frage, ob der Beweis des Gegenteils gelungen sei, so gelangen wir zu demselben Resultat wie Pagenstecher,[2]) der von dem Gegner nicht einmal Antretung des Gegenbeweises verlangt, sondern auch ohne dies schon dem Richter die Pflicht auferlegt, „zu prüfen, ob die bestrittene Tatsache, für deren Wahrheit eine Präsumtion streitet, auch wirklich wahr ist“. Allerdings muß bestehen bleiben, daß der Richter gezwungen wird, zu vermuten, also bis zum Beweis des Gegenteils die Ueberzeugung anzunehmen.[3]) Es genügt das bloße Bestreiten des präsumierten Tatbestandes jedoch, um den Richter zu prüfender Tätigkeit zu veranlassen, da er ja „nach Maßgabe des gesamten Inhalts der mündlichen Verhandlung“ seine Ueberzeugung zu bilden hat. Er

[1]) Vgl. auch Schmidt, Zivilprozeßrecht 2. Aufl. S. 534, über den Eid als Mittel des Gegenbeweises.

[2]) M. Pagenstecher, Rechtskraft. Vgl. S. 183 f.

[3]) Bei Pagenstecher kommt dies nicht ganz klar zum Ausdruck. Wir glauben ihn aber richtig zu verstehen. Bei anderer Ansicht würde ja von einer Wirkung der Vermutung nichts übrig bleiben.

braucht nicht abzuwarten, daß die Gegenpartei ihm Beweismittel angibt. Wir sind mit Pagenstecher auch der Ansicht, daß der Richter, „— wenn er sich davon Erfolg verspricht —, dem Gegner den richterlichen Eid auferlegen“ muß, aber immer muß erst der Anstoß gegeben sein durch eine Äußerung des Gegners, die auf das Gegenteil des vermuteten Tatbestands gerichtet ist.

Ebenso schreibt Hedemann (S. 302), daß die beweiswürdigende Tätigkeit des Richters wieder eintritt, „sobald der Benachteiligte die ihm zugewiesene Beweislast wirklich auf sich nimmt, d. h. das Gegenteil der vermuteten Tatsache behauptet und dafür Beweis antritt“. Die Zulässigkeit auch des richterlichen Eides folgert er (S. 319) „aus der Bezugnahme des § 292 Z.P.O. auf § 445 und die folgenden, damit auch auf § 475“. Nach Petersen[1]) ist es selbstverständlich, daß bezüglich der Gegenbeweistatsachen auch ein richterlicher Eid auferlegt werden darf. Planck[2]) erwähnt eine Meinung, nach der zwar Zuschiebung des Eides zulässig sein soll über eine mittelbar erhebliche Tatsache, aus der die Unwahrheit der durch die Präsumtion einstweilen als erwiesen anzunehmenden Tatsache erschlossen werden soll, aber nicht für den Fall, daß der Eid direkt über die Unwahrheit derselben zugeschoben ist. Er weist diese Meinung entschieden zurück unter Beziehung auf den Wortlaut des Gesetzes. Heute wird die von Planck erwähnte Unterscheidung, soviel wir sehen, nicht mehr gemacht.

---

[1]) Petersen, Kommentar S. 591 Note 3 zu § 292.

[2]) J. W. Planck, Zivilprozeßrecht Bd. 2 S. 304.

Das man im gemeinen Recht nicht auf die Natur, sondern nur auf die Stellung des Beweises des Gegenteils sah und darum meist die Eidesdelation für unzulässig hielt, wurde oben schon besprochen. Interessant ist jedoch, daß die Ansichten nicht übereinstimmten; so erwähnt Burckhard (S. 330) eine andere Meinung, „daß einem wider eine Rechtsvermutung mittelst Eidesdelation zu führenden Gegenbeweis wohl nichts im Wege stehe". Auch eine Stelle in F. C. v. Savignys System des heutigen Römischen Rechts führt er an, nach der dieser den Gegenbeweis durch Eid zuzulassen scheine. Ferner vertrat Unger die Meinung, neben den Präsumtionen gäbe es sogenannte Interimswahrheiten. Der Grund, auf welchem Unger diese Unterscheidung stützt, wird uns unten noch beschäftigen. Einstweilen interessiert nur, daß der gegen diese Interimswahrheiten zu führende Beweis ein „Haupt-(Vor-)Beweis" sein sollte, wodurch die Bedenken gegen die Zulassung des Eides hinfällig würden.[1] Man hatte also doch wohl das Gefühl, daß der Natur der Sache nach der Eid zulässig sein müßte, konnte sich aber von der oben besprochenen mechanischen Auffassung nicht frei machen.

Nach versuchtem Hauptbeweis kann der durch die Präsumtion Begünstigte weitere Beweismittel zur Führung eines Gegenbeweises gegen den Beweis des Gegenteils vorbringen. Wohl zu bemerken ist aber, daß das Ziel der Beweisführung dann nicht ist, den Richter „von der Wahrheit zu überzeugen, sondern nur seine Ueberzeugung

---

[1]) Unger, Oesterreichisches Privatrecht Bd. 2 Anm. 51 auf S. 600.

von der Unwahrheit zu erschüttern".[1]) Es handelt sich hier eben um einen Gegenbeweis, der z. B. nicht mehr durch Eideszuschiebung geführt werden kann. Daß er überhaupt zulässig sei, ist heute bei der freien Gestaltung des Prozesses, insbesondere bei dem Prinzip der Mündlichkeit so selbstverständlich, daß man kaum noch davon spricht.

Im gemeinen Recht dagegen galt der Satz: reprobatio reprobationis non datur, der nach Wetzell (Anm. 3 auf S. 177) seinen „Grund teils in der für den Hauptbeweis angesetzten Frist, teils in den über die Kollision der Beweismittel geltenden Grundsätzen" hatte. Streng genommen mußte also die Möglichkeit eines Gegenbeweises abgelehnt werden. So lehrte z. B. Unger,[2]) welcher sinngemäß für seine Interimswahrheiten ihm wiederum zuließ. Doch wurde schon vor ihm die entgegengesetzte Meinung vertreten von Vorst,[3]) weil der durch die Präsumtion geschaffene Beweis und der Gegenbeweis sich nicht **geradezu** entgegen stände, und der letzte darum notwendig einen weiteren Gegenbeweis zulassen und insofern die Stelle des Vorbeweises einnehmen müsse. Auch nach Unger will Burckhard[4]) bei den Präsumtionen den Satz reprobatio reprobationis wegfallen lassen und zeigt, welche Unzuträglichkeiten seine strenge Durchführung mit sich bringe.

---

[1]) Vgl. Pagenstecher, dessen Worte wir uns bedienen, in Anm. 446 auf S. 184.

[2]) Unger, Privatrecht Anm. 17 auf S. 583 und Anm. 51 auf S. 600.

[3]) Vorst, Beweislast S. 41 ff.

[4]) Burckhard, Präsumtionen S. 331 f.

Zusammenfassend möchten wir über die Wirkung der Präsumtionen auf die Beweistätigkeit uns dahin aussprechen, daß bei Feststehen des Tatbestands einer Präsumtionsbasis der präsumierte Tatbestand vom Richter dem Urteil als feststehend zugrunde gelegt wird, wenn nicht der Beweis des Gegenteils in der Gestalt eines Hauptbeweises geführt wird. Dieser kann mit allen Mitteln geführt und bestritten werden.

§ 9.

Die Präsumtion als Beweisregel in weiterem Sinne.

Nachdem wir Begriff und Wirksamkeit der Präsumtion untersucht haben, glauben wir bestimmen zu können, welche Stellung im Prozeßrecht ihr danach zukommt. Wir haben sie kennen gelernt als einen zwingenden Rechtssatz, der im Prozeß zur Anwendung kommt, sobald der Tatbestand der Präsumtionsbasis irgend wie für den Richter festgestellt ist. Dann ersetzt sie Behauptung und Beweis des präsumierten Tatbestands, dessen Nichtvorliegen aber durch einen Beweis des Gegenteils dargetan werden kann. Dieser hat die Natur eines Hauptbeweises, geht also auf Ueberzeugung von der Unwahrheit, nicht auf bloße Erschütterung der Ueberzeugung von der Wahrheit, was das Ziel eines Gegenbeweises wäre. Wir sehen daraus, daß die Präsumtion ein Institut des Beweisrechts ist, denn seinem Urteil zugrunde legen kann der Richter nur etwas, was ihm bewiesen ist oder dessen Beweis durch eine besondere beweisrechtliche Vorschrift der Z.P.O. ersetzt ist. Solche Vor-

schriften aber heißen Beweisregeln in dem weiteren Sinne, den wir dem § 286 Z.P.O. entnehmen.

In diesem Paragraphen ist bekanntlich das Prinzip der freien Beweiswürdigung ausgesprochen. Unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme hat das Gericht sich seine freie Ueberzeugung zu bilden. Demnach ist die persönliche Stellung des Richters gegenüber der Frage, ob er sich durch die Beweisgründe, welche die Parteien vorbringen, überzeugen lassen will, regelmäßig eine ganz freie. Dies ist nur in den Fällen anders, die im Gesetz besonders bezeichnet sind und in denen das Gericht eine Tatsache wie eine bewiesene behandeln muß, und zwar wie eine vollbewiesene, denn andere Fälle gibt es nicht. Der Absatz 2 des § 286 bestimmt dies mit den Worten:

> An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

Demnach stellt sich nach § 286 Abs. 2 eine Beweisregel dar als ein Rechtssatz, der die freie Ueberzeugung des Gerichts einschränkt. Und das ist auch der Inhalt einer Präsumtion, wie aus unseren vorhergehenden Ausführungen erhellt. Die wahre Ueberzeugung des Gerichts wird nicht berücksichtigt, sondern verdrängt durch den der Präsumtion inne wohnenden Gesetzesbefehl. Also halten wir uns für berechtigt, die Präsumtion als eine Beweisregel im Sinne des § 286 Abs. 2 zu bezeichnen; aber auch nur in diesem weiteren Sinne. Der Begriff Beweisregel, wie er ge-

bräuchlich ist in der Wissenschaft, ist enger. Man versteht darunter durchgehends „Rechtssätze, welche den Richter zwingen oder ihm verbieten, bestimmten Beweismitteln einen bestimmten Beweiswert beizulegen".[1][2]) Wenn man nun davon ausgeht, daß auch Indizientatsachen, d. h. Tatsachen, die nicht direkt das Beweisthema bilden, aber einen erfahrungsgemäßen Schluß auf dieses gestatten, Beweismittel sind und daß in einer Präsumtion der Schluß von dem Indizientatbestand, d. h. der Präsumtionsbasis auf den präsumierten Tatbestand gesetzlich festgelegt wird, also der Präsumtionsbasis ein bestimmter Beweiswert für den präsumierten Tatbestand beigelegt wird, so könnte man dazu kommen, die Präsumtion für eine Beweisregel im engeren Sinne zu halten, wie es z. B. Pagenstecher[3]) tut. Jedoch sind zwei Gründe hiergegen anzuführen, nach denen man sie u. E. nur für eine Beweisregel im weiteren Sinne halten kann.

Zunächst wird die Vorschrift des § 292 Z.P.O. über die Präsumtion von Amts wegen angewandt ohne Rücksicht darauf, ob im konkreten Fall der Tatbestand der Präsumtionsbasis als Beweismittel von einer Partei geltend gemacht wird. Es ist nicht nötig, daß eine Partei dem Richter sagt: Ich behaupte den präsumierten Tatbestand B zur Stützung meines Anspruchs und führe als Beweis an,

---

[1]) So Stein, Kommentar Bem. II zu § 286.

[2]) Schmidt, Zivilprozeßrecht S. 469 formuliert: Gesetzliche Regeln über das Maß von Ueberzeugungskraft, welches gewisse Beweismittel unter bestimmten Bedingungen haben sollen.

[3]) Rechtskraft S. 181 ohne weitere Begründung.

daß der Tatbestand A der Präsumtionsbasis feststehe; daraus mußt du schon als vernünftiger Mensch den erfahrungsgemäßen Schluß auf B ziehen. Worauf sich der Richter sagte, ich bin zwar nicht überzeugt, gehorche aber dem § 292. Sondern die Präsumtion kommt auch zur Anwendung, wenn eine Partei gar nicht versucht hat, mit den Tatsachen der Präsumtionsbasis den Indizienbeweis zu führen. Es genügt, daß der Richter auf irgend eine Weise die Ueberzeugung gewonnen hat, daß die Tatsachen der Präsumtionsbasis vorliegen. Diese brauchen nicht als Beweismittel eingeführt zu sein. Mithin ist es schon aus diesem Grunde einseitig und nicht zu billigen, wenn man die Präsumtionen als Beweisregeln im engeren Sinne bezeichnet, da diese doch nur von Beweismitteln sprechen.[1])

Ein zweiter noch wichtigerer Punkt, in dem der Unterschied zutage tritt, ist der, daß kraft ausdrücklicher Bestimmung der gegen eine Präsumtion zulässige Beweis des Gegenteils auch durch Eideszuschiebung geführt werden darf, während Beweisregeln nicht dadurch entkräftet werden können.[2]) Es ist dies nämlich direkt verboten durch die Vorschrift des § 446, welche bestimmt, daß die Eideszuschiebung über eine Tatsache, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet, unzulässig ist. Für erwiesen erachten kann das Gericht aber eine Behauptung, weil es unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen

---

[1]) Wenn Schmidt, Zivilprozeßrecht S. 469f. auch derselben Ansicht zn sein scheint, so kommt dies bei ihm doch nicht ganz klar zum Ausdruck.

[2]) Ebenso Schmidt S. 470 und 534.

und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung den Beweis als erbracht annimmt oder weil es diesen Beweis nach einer gesetzlichen Beweisregel als erbracht annehmen muß; in beiden Fällen ist die Eideszuschiebung unzulässig.[1]) Dagegen kann nach § 292 der Beweis des Gegenteils einer Vermutung auch durch Eideszuschiebung geführt werden. Zwar steht dabei „nach Maßgabe der §§ 445 ff." Jedoch wäre es absurd, aus dem also in Betracht kommenden § 446 wiederum folgern zu wollen, daß Eideszuschiebung unzulässig sei. Natürlich wenn das Gericht abgesehen von dem in der Präsumtion liegenden Befehl auch selbständig zu der Ueberzeugung vom Vorliegen des präsumierten Tatbestands kommt, so ist die Eideszuschiebung ausgeschlossen. Aber es hat das ja dann nicht darin seinen Grund, daß eine Präsumtion dadurch entkräftet werden würde, kommt also für uns garnicht in Betracht. Somit halten wir es für bewiesen, daß die Präsumtion eine Beweisregel ist, aber nicht in dem in der Literatur gebräuchlichen engeren Sinne, sondern nur in dem weiteren des § 286 Abs. 2.

Dieselbe Meinung finden wir in der neueren Literatur[2]) außer bei Schmidt (vgl. oben S. 86 Anm. 1) bei Gaupp-Stein, Kommentar I zu § 292. Es heißt dort, die Präsumtionen seien „wenn auch nicht Beweisregeln im

---

[1]) So allgemeine Meinung. Vgl. Seuffert, Kommentar Nr. 1 zu § 446 und Gaupp-Stein, Kommentar I zu § 446 mit Literaturangabe.

[2]) Eine Besprechung der älteren Literatur siehe im folgenden Paragraphen.

engeren Sinne, so doch nahe mit ihnen verwandte Regeln des Beweisrechts". Auch Endemann[1]) spricht die Ansicht aus, daß die Vermutungen als gesetzliche Erfahrungssätze, welche die richterliche Beweiswürdigung binden, die Bedeutung von Beweisrechtssätzen haben. Schließlich möchten wir noch Leonhard für uns anführen, welcher nach im einzelnen uns nicht befriedigenden Untersuchungen die Präsumtionen als Beweisregeln bezeichnet, „ähnlich den Vorschriften über Geständnis und Gerichtskunde", was dadurch nicht ausgeschlossen sei, daß sie nicht als Regeln der Beweisführung anzusehen seien (a. a. O. S. 266).

Wenn wir so wie geschehen der Präsumtion ihren Platz im Rechtssystem anweisen, halten wir sie auch nicht fest auf dem Gebiet der Beweiswürdigung und werden nicht getroffen von den Ausführungen Hedemanns a. a. O. S. 136 ff. und Rosenbergs, Beweislast S. 108, Anm. I, die sich gegen eine solche Ansicht richten. Hedemann beschäftigt sich besonders mit einer Auffassung, die er als die Schmidts bezeichnet und die Beweisregeln und Vermutungen nur dadurch trenne, daß die Beweisregeln „die erfahrungsgemäße Folgerung aus Beweismitteln auf Tatsachen", die Vermutungen dagegen „die erfahrungsgemäße Folgerung von Tatsachen auf Tatsachen" bilden. Seine Kritik ist von Schmidt bei Redigierung der zweiten Auflage seines Lehrbuchs berücksichtigt worden.[2]) Wir möchten ihn

---

[1]) F. Endemann, Bürgerliches Recht, 9. Auflage. Vgl. S. 477 f., besonders Anm. 36 auf S. 477.

[2]) Vgl. Schmidt, Zivilprozeßrecht, Anm. 4 auf S. 470.

jetzt als unserer Meinung anführen; denn wenn Schmidt die Vermutungen nicht auch für Beweisregeln im weiteren Sinne hielte, wie sollte er dann den oben besprochenen Gegensatz bei der Frage der Eideszuschiebung erklären?

Da wir auch sonst in der Literatur nicht die Ansicht vertreten gefunden haben, daß die Vermutung in das Gebiet der Beweiswürdigung gehöre, brauchen wir uns mit dieser Frage nicht mehr zu beschäftigen. Wir gehen also dazu über, unsere Ansicht gegen diejenigen Schriftsteller zu verteidigen, welche die Vermutung für eine Beweislastregel halten. Diese Kritik scheint uns so wichtig, daß wir ihr einen besonderen Paragraphen widmen wollen.

§ 10.

Die Präsumtion im Gegensatz zur Beweislastregel.

Unbestritten schafft die Präsumtion Beweis des präsumierten Tatbestands bis zum Beweise des Gegenteils. Wir gingen davon aus (vgl. den vorigen Paragraphen), daß alles, was der Richter seinem Urteil zugrunde legen dürfe, in seiner Ueberzeugung feststehen müsse. Die könne der Erfolg einer Beweistätigkeit der Parteien sein oder die Wirkung einer beweisersetzenden Vorschrift der Z.P.O.; und als eine solche glaubten wir dann die Präsumtion bezeichnen zu dürfen. Eine andere Anschauung betrachtet die beweisschaffende Wirkung der Präsumtion vom Standpunkte der beweisbelasteten Partei, sieht, daß diese Tatsachen, die zu ihrer Beweislast stehen, nicht mehr in besonderer Beweistätigkeit zu beweisen oder wenigstens nur das Gelingen des

Beweises des Gegenteils durch Gegenbeweis zu hindern braucht, spricht demnach von einer Wirkung der Vermutungen auf die Regelung der Beweislast und nennt die Präsumtion einen Beweislastsatz.

Wenn wir auch angesehene Gelehrte für unsere Meinung anführen konnten, so müssen wir doch der gegnerischen eine große Verbreitung zugestehen. Ist doch vor allem Hedemann als ihr Vertreter zu nennen, dessen Buch wir schon des öfteren zu zitieren Gelegenheit hatten. Und seiner Ansicht muß man darum schon besondere Beachtung zollen, weil er der einzige ist, der bis jetzt nach Inkrafttreten des neuen Rechts ein Werk ausschließlich den Präsumtionen gewidmet hat.

Nach ihm (a. a. O. S. 300) steht über den Schwankungen des allgemeinen Beweislastsystems „die Vermutung als eine selbständige (Beweislast-) Regel mit der Wirkung, daß die begünstigte Partei immer nur die Voraussetzungen (die Präsumtionsbasis nach unserer Sprechweise) zu beweisen, den vermuteten Umstand dagegen lediglich zu behaupten braucht und den Beweis des Gegenteils seitens des Benachteiligten abwarten kann“. Aehnlich ist die Ansicht Rosenbergs (vgl. Beweislast S. 107 f. und Hedemann a. a. O. S. 180). Beckh bezeichnet die Präsumtion als eine Beweislastverschiebung (a. a. O. S. 89), als einen Rechtssatz, auf Grund dessen hinsichtlich einer bestimmten rechtsbegründenden Tatsache eine Befreiung des Angreifers von der Beweislast und damit eine Verschiebung der Beweislast zu Gunsten des letzteren eintritt (S. 75). Schließlich Kleinfeller begründet seine Ansicht, daß der Beweis des Gegenteils ein

Hauptbeweis sei, was wir oben schon erwähnt haben (vgl. S. 74 Anm. 3) damit, daß den Gegner der durch die Vermutung begünstigten Partei die Beweislast für das Gegenteil träfe. Er hält also die Präsumtion auch für einen Rechtssatz, der mit der Beweislast zu tun hat.

Welche Wirkung unsere angebliche Beweislastregel auf die Verteilung der Beweislast habe, ist unter unsern Gegnern bestritten, woran auch Hedemann nichts hat ändern können. Wie Rosenberg referiert (vgl. Beweislast S. 107), behaupten die einen, „die Beweislast werde umgekehrt, weil der Vermutungsinhaber von der Beweislast befreit werde. Die andern meinen dagegen, der Vermutungsinhaber werde nicht von der Beweislast befreit; nur das Beweisthema werde verändert, indem statt der vermuteten Tatsache die Voraussetzungen der Vermutung zu beweisen seien; die Wirkung der Vermutung sei daher nur eine Beweislasterleichterung". Er selbst meint, korrekter spräche man von einer Beweislasterleichterung. Unmittelbar darauf fährt er fort, er könne „überhaupt nicht anerkennen, daß die Vermutungen Ausnahmen" von seiner Grundregel der Beweislastverteilung seien.

Wir meinen hier eine ungenaue Ausdrucksweise zu entdecken. Sie besteht darin, daß man die im Verlauf des Prozesses notwendig werdende Beweistätigkeit einer Partei verwechselt mit der ihr nach allgemeinen Regeln zufallenden Beweislast. Hier besteht aber ein großer Unterschied, wie nach folgender Ueberlegung klar sein wird.

Wir fanden oben schon (S. 14), daß das materielle Gesetz allgemein bestimmte Tatsachengruppen einander gegenüber stellt und ihre Beziehungen als von ihm gewollte

Rechtsfolgen festlegt. Vom objektiven Recht wird ein subjektives Recht dem zugesprochen, für den der im objektiven Recht vorgestellte Tatbestand auch wirklich eingetreten ist. Wenn also eine Partei von dem Rechtsschutz gewährenden Staat die Feststellung oder Verwirklichung gewisser Rechtsbeziehungen zwischen ihr und der gegnerischen Partei verlangt, so muß eine gewisse Tatsachengruppe feststehen, die einen konkreten Fall der entsprechenden allgemeinen Bestimmungen darstellen muß. Daß ihr hieraus hergeleiteter Anspruch durch Gegenrechte, sogenannte Einreden, der andern Partei in seiner Wirkung vernichtet werden kann, kommt hier nicht in Betracht. Denn diese Einreden sind nur zivilistische Befugnisse, aus besonderen Gründen die Erfüllung eines bestehenden Anspruchs zu verweigern. Der Anspruch selbst wird durch sie nicht berührt. Wenn eine zu seiner Begründung genügende Summe von Tatsachen da ist, besteht er nach wie vor trotz der Einrede; allerdings seine Verwirklichung ist nicht zu erlangen. Demnach gehört also die Verneinung der Tatsache, daß keine Einreden bestehen, nicht zu der Summe von Tatsachen, die festgestellt sein müssen, wenn das Gericht den Anspruch für gerechtfertigt erklären soll. Damit ist nicht gesagt, daß negative Tatsachen überhaupt zu einer solchen Summe von Tatsachen nicht gehören könnten; es ist das sehr gut möglich. Ein Teil des Tatbestandes z. B., der vorliegen muß, um einen Todeserklärungsantrag zu begründen, ist, daß seit 10 Jahren keine Nachricht von dem Verschollenen eingegangen ist.

Wir möchten diese besprochene Summe von Tatsachen die Feststellungslast nennen, indem wir uns dem Sprach-

gebrauch Rosenbergs anschließen. Allerdings ist dieser Ausdruck nach Rosenbergs eignen Worten (vgl. Beweislast S. 40 Anm. 2 von S. 39) nicht ganz zutreffend, weil bis jetzt noch gar nichts darüber gesagt ist, daß eine Partei diese Summe bei Gefahr des Verlusts des Prozesses feststellen muß. Er rechtfertigt ihn aber damit, daß die Parteien ja tatsächlich die Gefahr tragen. Wenn vor Gericht eine Tatsache nicht festgestellt wird und darum ein Anspruch nicht gerechtfertigt werden kann, verliert die betreffende Partei ihren Prozeß, ganz gleich, ob sie diese Tatsache zu beweisen hatte und der Beweis ihr mißlungen ist, oder ob die Gegenpartei das Gegenteil dieser Tatsache als eine Einwendung zu beweisen hatte und ihr der Beweis gelungen ist. Die Feststellungslast umfaßt eben alle Tatsachen, die, falls sie streitig werden, als zu ihren Gunsten liegend festgestellt werden müssen. Sie stellt die Summe aller positiven und negativen Voraussetzungen eines Anspruchs dar.

Eine Bezeichnung, die allen Anforderungen genügte, ist uns nicht gelungen zu finden. Tatbestand einer Rechtswirkung paßt nicht, weil man darunter die in einer Gesetzesvorschrift vorgestellte Summe von Tatsachen versteht, die eine bestimmte Rechtswirkung haben soll, während wir die Summe meinen, die im Prozeß festgestellt sein muß, — natürlich falls alle streitig werden —, um das Gericht zum Ausspruch der beanspruchten Rechtsbeziehung zu veranlassen. Bleiben wir also bei der Benennung Feststellungslast.

Leider ist zurzeit die Aussicht gering, daß wir hierüber

wie überhaupt über alle diese Begriffe Beweislast, Beweisregel usw. zu einem festen Sprachgebrauch gelangen. Wir haben z. B. gesagt, daß eine Summe von Tatsachen als von Voraussetzungen einer Rechtswirkung festgestellt werden muß. Ist zufällig darunter ein präsumierter Tatbestand, so muß er natürlich auch festgestellt werden, d. h. der Richter ihn als vorliegend annehmen. Im Gegensatz hierzu sagt Kleinfeller (a. a. O. S. 323), daß „die Tatsache, für welche die Tatsachenvermutung spricht, überhaupt nicht feststellungsbedürftig ist". Der Widerspruch ist aber nur ein scheinbarer, denn Kleinfeller braucht ersichtlich das Wort feststellungsbedürftig als gleichbedeutend mit beweisbedürftig. Nach unserer Sprechweise, die wir als klar empfehlen möchten, liegt da aber ein großer Unterschied.

Von dem so erörterten Begriff Feststellungslast gelangen wir leicht zu dem Begriff Beweislast. Es kann dem Kläger nämlich nicht zugemutet werden, „die sämtlichen positiven und negativen Prämissen der Existenz seines Anspruchs im Momente der Verurteilung darzulegen".[1]) Ein solches Verlangen wäre praktisch nur in den seltensten Fällen zu erfüllen, und da ein unbeweisbares Recht ebensowenig etwas nützt wie ein nichtexistierendes Recht, ist es im Interesse einer guten Rechtspflege, wenn man einen Teil der Feststellungslast absondert, bei seinem Feststehen schon das Recht begründet sein läßt und also nur den Beweis dieses Teils vom Kläger verlangt. Daß eine der

---

[1]) Aus Wach, Zeitschrift S. 365 unten; vgl. ihn auch zu dem Folgenden.

übrigen Voraussetzungen nicht bestehen, überläßt man dann dem Beklagten zu beweisen. Wenn also z. B. die Tatsachen a, b, -c, -d, e, f, g, -h die Feststellungslast einer Rechtswirkung ausmachen, verlangt man von dem Kläger nur den Beweis von a, -c und f und erkennt nach seinem Antrag, wenn nicht der Beklagte das Nichtvorliegen von b oder e oder g oder das Vorliegen von d oder h bewiesen hat. In jedem dieser letzten Fälle wäre die beanspruchte Rechtswirkung nicht mehr begründet. Demnach stehen nur die Tatsachen a, -c und f zur Beweislast des Klägers, die übrigen zur Beweislast (besser vielleicht Widerlegungslast) des Beklagten.

Wie die Tatsachen verteilt sind, zeigt sich besonders, wenn eine derselben streitig wird, aber über sie eine unaufklärbare Ungewißheit besteht. Ist dies nun eine der Tatsachen, die der Kläger zu beweisen hat, so wird er abgewiesen; ist es eine der andern, so verliert der Beklagte den Prozeß. Recht treffend ist es also ausgedrückt, wenn man sagt:

> Die Beweislastregeln bestimmen, welcher Partei eine unaufklärbare Ungewißheit zum Nachteil gereicht.

Es ist bekannt, daß die Bearbeiter des B.G.B. bei jedem einzelnen in diesem Gesetze festgelegten Rechtsanspruch die Beweislast regeln wollten, daß ihnen diese Absicht nicht voll gelungen ist und daß daraus der bekannte Streit um die Frage der Beweislast resultiert.[1]) Wir brauchen in

---

[1]) Vgl. Betzinger, Beweislast, 2. Aufl. S. 2: „Die Aufsuchung und Darstellung der Regeln, nach welchen die Beweislast oder das

ihm keine Stellung zu nehmen; es genügt uns die obige Erörterung des Begriffs Beweislast, denn wir erkennen schon, daß die Präsumtion nicht in seinen Bereich gehört.

Die Beweislastregeln bestimmen, daß ein Kläger eine bestimmte Tatsache beweisen muß; die Präsumtion kann ihm die Arbeit des Beweisens erleichtern oder erschweren. Sie wirkt also im Prozeß an einer ganz andern Stelle. Sie ersetzt den Beweis ihres präsumierten Tatbestands; darum bleibt dieser aber doch zur Beweislast der Partei stehen, welcher er gedanklich schon aufgebürdet war. Wir befinden uns hier im Einklang mit Wach (a. a. O. S. 371), der ebenfalls eine wahre Verteilung der Beweislast durch die Präsumtion leugnet. „Nur von einer Verteilung der Beweise hinsichtlich des thema probandum ließe sich reden. Wer einen bestimmten Tatbestand beweisen soll, ist soweit beweisfrei, als ihm“ eine „Vermutung zu Hilfe kommt“.

Die Beweislastregeln sind abstrakt gedacht[1]) und bestimmen, ob eine gewisse Tatsache von dem eine gewisse Rechtswirkuug in Anspruch Nehmenden bewiesen werden muß oder ob sie von dem sich Verteidigenden im Wege der Einrede (im prozeßrechtlichen Sinne) geltend gemacht werden müsse. Nachdem so die Tatbestandsmomente gesetzmäßig gruppiert sind, bringt die Präsumtion nur eine Aenderung der Beweistätigkeit der Parteien hervor. Aehnlich sagt Leonhard (a. a. O. S. 265), daß die tatsächliche

---

Feststellungsrisiko zwischen den Parteien zu verteilen ist, bildet den Gegenstand der Beweislasttheorie.

[1]) Vgl. Leonhard, Beweislast S. 2.

Beweisbelastung „nicht von vornherein besteht, sondern sich erst aus einem Beweisakt, dem Beweis des Hilfsthemas (unserer Präsumtionsbasis) ergibt“.

Hedemann geht auf Wachs Ansicht ein (a. a. O. S. 257 ff.) und sucht sie mittels einiger Beispiele zu widerlegen, von denen wir die ersten beiden besprechen wollen. Er referiert richtig als Wachs Ansicht, daß wirkliche Verteilung der Beweislast nur gegeben sei, wenn „ein selbständiges Beweisthema herausgehoben und gesagt wird: für dieses Thema hat der oder jener die Beweislast. Die Vermutungen dagegen sollen nur im Innern eines an sich geschlossen verbleibenden Beweisthemas wirken, indem sie dem für dieses Thema Beweispflichtigen partielle Erleichterung bringen“. Diese Scheidung erklärt Hedemann für undurchführbar. „Nach Wach bringt z. B. der § 262 B.G.B. als Beweislastregel wahre Beweislastverteilung (Wach a. a. O. S. 370); nicht so der § 1362 (371 ff.)“. Er spricht als seine Meinung aus, daß nirgends so scharf die Aufstellung eines selbständigen Beweisthemas zum Ausdruck käme als gerade in § 1362. Er bringt dann den Gedanken des § 1362 Abs. 2 in eine Fassung, die der des § 282 entspricht:

> Ist streitig, ob die zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen dem Manne gehören, so trifft den Mann die Beweislast.

Sein Argument gegen Wach ist dann, daß die Frage: Wer hat das Eigentum aufzudecken? nicht jetzt erst grundlegend werde, sondern dies schon in der Fassung des B.G.B. sei.

Ebensowenig würde nach Hedemann der § 282 aufhören, „ein geschlossenes Beweisthema zu behandeln, sobald er als Vermutung ins Leben getreten wäre, wie solche z. B. das Sächsische B.G.B. im § 731 dahin aufstellt:

> Ist die Erfüllung einer Forderung unmöglich geworden, so wird eine Verschuldung des Verpflichteten so lange vermutet, als nicht bewiesen wird, daß die Unmöglichkeit von dem Berechtigten verschuldet worden ist oder in einem Zufall ihren Grund hat“.

Hedemanns Ausführungen treffen durchaus nicht den Kern der Sache. Natürlich ist die Frage: Wer hat das Eigentum aufzudecken? schon in der Fassung des B.G.B. grundlegend. Aber das leugnet Wach auch garnicht und wir ebenso wenig. Der § 1362 Abs. 2 gibt darum keine Beweislastverteilung, weil er keine Bestimmung enthält, ob bei einem bestimmten Anspruch das Eigentumsrecht an den Gebrauchssachen Angriffs- oder Verteidigungsmoment ist. Er gibt eine Beweisregel im weiteren Sinne, die zur Anwendung kommt, wenn einmal bei einem beliebigen Anspruch das Eigentumsrecht an diesen Sachen zur Feststellungslast gehört und ihre Gebrauchseigenschaft vom Richter festgestellt ist. Diese hat Einfluß auf die Beweistätigkeit. Welcher Partei der Teil der Feststellungslast „Eigentumsrecht“ zur Beweislast gegeben ist, bleibt unberührt. Erst wenn diese Frage entschieden, das Eigentumsrecht Beweisthema geworden ist, kommt in seinem Innern die Präsumtion zur Anwendung.

Hiergegen vermag Hedemanns Argumentation nichts

zu sagen. Seine Umformung des § 1362 Abs. 2 zeigt nur, daß es unsinnig wäre, ihn als Beweislastregel zu fassen. Denn es sieht das Ganze so aus wie eine Tat bestandsgruppierung und es fehlt doch der Anspruch, zu dessen Voraussetzungen der gruppierte Tatbestand gehört. Denkbar wäre dies in folgender Weise. Gesetzt, es gäbe einen Anspruch der Frau gegen den Mann oder umgekehrt in Bezug auf die zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten, aber dem Manne gehörenden Sachen; etwa die Frau könnte Erneuerung der schadhaft gewordenen Sachen verlangen. Dann stände zur Beweislast der Frau nur die Gebrauchseigenschaft, sie könnte also unter Berücksichtigung des Hedemannschen Paragraphen vom Manne Erneuerung aller zu ihren persönlichen Gebrauch bestimmten Sachen verlangen. Der Mann müßte beweisen, daß sie Eigentum der Frau wären, also die Erneuerungspflicht ihn nicht träfe. So wäre wahre Beweislastregelung gegeben wie im § 282. Da aber ein solcher Anspruch nicht da ist, haben wir auch nur eine Beweisregel über ein geschlossenes Beweisthema.

Die Vorschrift des Sächsischen B.G.B. enthält trotz ihrer Vermutungsform Beweislastverteilung wie der entsprechende § 282 B.G.B. Er bezieht sich auf den Anspruch des Gläubigers bei infolge Verschuldung des Schuldners unmöglich gewordener Erfüllung einer Forderung und stellt den Teil der Feststellungslast „Verschuldung des Schuldners" zur Beweislast des Schuldners. Wir können ihm also nur entnehmen, daß die Bearbeiter des B.G.B. bei ihrer Absicht, das Wort Vermuten terminologisch anzuwenden, hier das Richtige getroffen haben.

Können Hedemanns begriffliche Erörterungen uns demnach nicht überzeugen, daß die Präsumtion eine Beweislastregel sei, so vermögen dies auch nicht die Lehren, die er aus der Geschichte des § 292 ziehen will,[1]) denn richtige Begriffe sind die Voraussetzung für die Richtigkeit dieser Lehren. Er unterscheidet aber nicht zwischen den abstrakten Beweislastregeln und unserer Beweisregel, die den durch jene aufgebürdeten Beweis im konkreten Fall erleichtert oder erschwert; sondern nennt auch sie eine Beweislastregel. Wenn er also zeigt, daß im Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung vom 30. 1. 1877 im § 14 Ziff. 3, welcher lautete:

> Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten . . . . . außer Kraft.
>
> Außer Kraft treten inbesondere: 3. die Vorschriften, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Tatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen ist,

alles aus dem früheren Recht, was nur für die Beweiswürdigung in Betracht kam, beseitigt wurde, während diejenigen Sätze, welche die Beweislast beeinflußten, bestehen blieben durch den § 16 Ziff. 1, den wir oben S. 17 angeführt haben, so haben wir hiergegen nichts einzuwenden, als daß das Wort Beweislast hier nicht richtig angewandt ist. Besser heißt es, daß die Beweisregeln in weiterem Sinne, die den Beweis bis zum Beweis des Gegenteils voll ersetzen, bestehen blieben.

---

[1]) Vgl. besonders S. 117 ff.

Gaben wir oben eine von der in der neuesten Literatur herrschenden Auffassung abweichende Darstellung, so finden wir eine überraschende Zahl älterer Schriftsteller auf unserer Seite. Der Streit, ob Beweisregel oder Beweislastregel, wird schon zu Anfang des vorigen Jahrhunderts von Borst[1]) behandelt. Er polemisiert gegen die Ansicht, daß die Vermutung von der Beweislast befreie und sagt selbst: „Man lasse es also ohne alle Ausnahme bei der über die Beweislast aufgestellten Regel und überlasse es dem Beweispflichtigen, sich seiner Last unmittelbar — durch den direkten Beweis, oder mittelbar — durch notwendige oder bloß gesetzlich begründete[2]) Schlüsse von einer Tatsache auf die andere zu entledigen". Darin finden wir einen ganz deutlichen Hinweis, daß die Präsumtion für den Begünstigten sich als ein Mittel darstellt, die Beweislast zu bewältigen, die nach allgemeinen Regeln ihm aufgebürdet ist.

Trotzdem scheint man in der folgenden Zeit überwiegend daran festgehalten zu haben, daß „die Beweislast auf den Gegner übergehe (auf ihn gewälzt werde)", wie im Jahre 1859 Unger (Anm. 13 S. 582) als die Ansicht der meisten älteren Schriftsteller und selbst noch vieler neueren" referiert. Er selbst sagt (S. 581 f.) ganz deutlich: „Die Rechtsvermutungen verändern nichts an der Verteilung der Beweislast, sie verändern nur das Beweisthema in dem Sinn, daß sie der eigentlich zu beweisenden Be-

[1]) Borst, Beweislast, vgl. besonders § 30.

[2]) Bloß gesetzlich begründet sagt er mit Rücksicht darauf, daß die Präsumtionen nicht immer notwendig, d. h. auf großer Wahrscheinlichkeit beruhen müssen.

hauptung eine andere substituieren und einen künstlichen Beweis für ausreichend erklären, der es an sich nicht wäre". Unger stellt aber (S. 598 ff.) eine Unterscheidung auf, die noch Gegenstand einer kurzen Besprechung sein muß. Er stellt nämlich den oben charakterisierten Präsumtionen die Interimswahrheiten entgegen, durch die die Beweislast „ganz und gar verändert", nämlich „auf den Gegner überwälzt" werde. Der Unterschied liege darin: „Während bei den Rechtsvermutungen der den Richter zur Schlußfolgerung berechtigende und verpflichtende Umstand angegeben wird, wird bei den Interimswahrheiten nur die sog. Vermutung plan und ohne Voraussetzung hingestellt: schon aus dieser formellen Fassung des betreffenden Gesetzes läßt sich sofort erkennen", womit man es zu tun habe. Über die praktische Konsequenz, die dieser Unterschied haben solle, haben wir oben schon gesprochen.

Unger ist aber mit seiner Lehre allein geblieben. Burckhard[1]) trat ihm nachdrücklich entgegen. Plan und ohne Voraussetzung werde kein solcher Rechtssatz aufgestellt, irgend welche Voraussetzungen seien immer da. Auch wir sind dieser Meinung und halten das Bestehen einer Präsumtionsbasis für unentbehrlich bei dem Begriff Vermutung. Ebenso lehnt Hedemann (S. 282) die Interimswahrheiten ab. Selbst wenn in der betreffenden Gesetzesvorschrift wie z. B. im § 1362 formell keine „Ausgangstatsachen" erwähnt seien, so könnten sie doch niemals wirklich fehlen. Der Unterschied sei nur ein äußerlicher.

---

[1]) Burckhard, Präsumtionen S. 212 ff. und S. 334 ff.

Über Burckhards Stellung zu unserer Streitfrage informiert der § 31 seines Werkes. Als Resultat seiner Untersuchungen ergibt sich (S. 327), daß die Parteirollen nicht vertauscht werden, „vielmehr bleibt der Kläger stets der eigentliche Beweispflichtige, er hat aber seiner Beweispflicht dadurch genügt, daß er die faktischen Voraussetzungen beweist, unter denen der Rechtssatz den das eigentliche Beweisthema bildenden Umstand präsumiert. Der präsumierte Umstand gilt als bewiesen, so gut wie wenn Kläger den direkten Beweis durch Zeugen oder Urkunden geführt hätte."

Von den bedeutenderen Schriftstellern des gemeinen Zivilprozesses wird ebenfalls die Umwälzung der Beweislast abgelehnt. So schreibt Renaud,[1]) wenn nicht auch die Prämissen der iuris praesumtio zu den Akten bebracht und dieselben auch notorisch oder gerichtlich eingestanden sind, so finde „eine Entbindung von der Beweislast in Ansehung der rechtlich vermuteten Begebenheit nicht statt, und" sei „die hier erforderliche Beweisauflage auf diese Tatsache ... zu richten". Auch er meint also, daß die Präsumtion die an sich auferlegte Beweislast nicht berühre. Von derselben Ansicht scheinen v. Canstein[2]) und Wetzell[3]) auszugehen, die von einer Erleichterung der Beweislast sprechen, v. Canstein sogar nur von einer vorläufigen Erleichterung.

Sie blieb auch rege, obgleich vereinzelt die alte Lehre von der Umwälzung der Beweislast sich bemerkbar machte,

[1]) Renaud, Zivilprozeßrecht S. 278.

[2]) v. Canstein, Grundlagen S. 32 Anm. 5, I, 1.

[3]) Wetzell, Zivilprozeß S. 146.

so bei Puchta,[1]) welcher zusammen mit einer maßlosen Ausdehnung des Begriffs Vermutung die Sache so behandeln will, wie wenn der das Gegenteil Behauptende „den Anspruch gemacht", der den präsumierten Tatbestand zur Stützung seiner Klage geltend machende Kläger „widersprochen hätte".

Hierzu im Gegensatz schreibt Wächter[2]), daß der Kläger, der eine präsumierte Tatsache zur Stützung seines Antrags brauche, nach wie vor „diese Tatsache als Fundament seiner Klage beweise" müssen, aber dieser Beweis werde ihm durch die Präsumtion erleichtert. Daß die allgemeinen Regeln der Beweislast bestehen bleiben sollen, folgt ebenfalls aus einer Bemerkung Bierlings[3]), der von einer „Erleichterung des Beweises im einzelnen konkreten Falle" spricht. Die oberflächliche Betrachtungsweise, welche abstrakte Beweislast und konkrete Beweispflicht nicht unterscheidet, findet sich wieder bei Arndts. Er geht davon aus, daß die Beweislast in Ansehung streitiger Tatsachen derjenigen Partei obliegt, „welcher daran gelegen ist, den Richter von deren Wahrheit zu überzeugen, weil davon eine ihr günstige Entscheidung abhängt.[4]) Diese Begriffsbestimmung ist ganz nichtssagend, denn die Parteien streiten über eine Tatsache nur, wenn sie beide wünschen, daß sie so vom Richter festgestellt werde,

---

[1]) Puchta, Vorlesungen S. 230. Vgl. auch seine Pandekten (12) S. 152.

[2]) Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 522.

[3]) Bierling, in v. Holtzendorffs Rechtslexikon (3) Bd. 3 erste Hälfte S. 304.

[4]) Arndts, Pandekten (11) S. 186.

wie es ihnen vorteilhaft ist. Dann haben sie also nach Arndts beide die Beweislast. Demgemäß brauchen wir uns auch nicht dabei aufzuhalten, wenn Arndts schreibt: Es „fällt in verschiedenen Fällen der Gegenpartei der Beweis zur Last, weil eine Tatsache vermöge rechtlicher Vorschrift (praesumtio iuris) für wahr anzunehmen ist, solange nicht das Gegenteil bewiesen wird".

Durch die Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 war die Wissenschaft des Prozeßrechts auf eine neue Grundlage gestellt, und unsere Streitfrage den Schriftstellern des materiellen Rechts ferner gerückt. Während vorher die Zivilisten meist bei der Lehre vom Beweise am Schluß des allgemeinen Teils der Pandekten auf unser Thema kamen, stellte sich jetzt dies Kapitel mehr und mehr als überflüssig heraus und wurde von den Prozessualisten für sich in Anspruch genommen. Demnach haben wir jetzt besonders die prozeßrechtliche Literatur zu berücksichtigen. Da finden wir gleich bei Wach[1]) den auch von uns vertretenen Standpunkt. Die Präsumtionen „sind die Begrenzung des Beweisthemas auf bestimmte Stücke der von dem Beweisführer aufzustellenden Behauptung (Klaggrund, Einreden usw.)". Offensichtlich berücksichtigt Wach hier nur den Fall, daß die Tatsachen der Präsumtionsbasis mit zu den von dem Beweisführer aufzustellenden Behauptungen gehören, so daß diese Stelle allein keine völlige Klarheit gibt über Wachs Stellung. Jedoch ist aus dem Worte Begrenzung zu entnehmen, daß er an eine Umkehrung der Beweislast oder

---

[1]) Wach, Handbuch S. 127.

derartiges nicht dachte. Wachs Artikel in der Zeitschrift f. d. d. Zivilprozeße, in dem er seine Stellung deutlich aussprach, haben wir oben schon berücksichtigt.

Dagegen hält Hellmann[1]) die Präsumtion für „eine bestimmte Normierung des für ein Recht notwendigen Tatbestandes, mithin eine Normierung der Beweislast". Er gibt das Beispiel des gemeinen Privatrechts, daß die bona fides des Usokapionsbesitzers präsumiert werden muß, und stellt dies als gleichbedeutend hin „mit dem Satze, daß die Rechte eines Usukapionsbesitzers wie: die actio Publiciana und nach vollendeter Usukapionszeit das Eigentum geltend gemacht werden können, sofern nur iustus titulus und ununterbrochener Besitz während der gesetzlichen Zeit behauptet und bzw. bewiesen werden kann, m. a. W. daß dieser Tatbestand zur Begründung der Rechte eines Usukapionsbesitzers genügt, so lange nicht der Gegner das Vorhandensein der mala fides nachweist". Es ist richtig, daß hier eine Beweislastregelung vorliegt. Daraus geht aber für uns nur hervor, daß im B.G.B. von der Aufstellung einer Vermutung hier mit Recht Abstand genommen ist. Hellmanns Beispiel kann uns aber nicht überzeugen, und wenn er die Lehre dieses Beispiels verallgemeinert, so ist dies nach unserer Ansicht fehlerhaft.

Eine starke Stütze dieser unserer Auffassung finden wir bei Ihring.[2]) Er spricht von der praktisch richtigen Gestaltung der Beweisfrage bei der prozessualischen Durchführung

---

[1]) Hellmann, Zivilprozeßrecht S. 33.

[2]) R. v. Ihering, Besitzwille S. 151 ff.

des materiellen Rechts und kommt bei dem Falle, daß der Gesetzgeber von dem Beweise, den der Kläger streng genommen, führen müßte, etwas nachläßt, auf die Präsumtionen als speziell für den vorliegenden Fall aufgestellte Beweisregeln zu sprechen im Gegensatz zu den materiellrechtlichen Rechtssätzen, die eine „Zerlegung des Tatbestandes" darstellen „in einen positiven Teil, den der Kläger, und einen negativen Teil, den der Beklagte zu beweisen hat". Beide Gestaltungen würden oft miteinander verwechselt, indem man in beiden Fällen von Präsumtionen spräche, in Wirklichkeit seien sie verschieden. Er setzt den Fall, der „Tatbestand des Rechts"[1]) bestehe aus m, n, o, p. „Bei der Präsumtion lautet der Tatbestand $m + n + o + \dot{p}$, in dem andern Fall: $m + o + p - n$. Dort müßte der Kläger das Moment p beweisen, aber das Gesetz nimmt es bis auf erbrachten Gegenbeweis als vorhanden an, hier braucht er n schon an sich nicht zu beweisen, es gehört gar nicht zum Tatbestande seines Rechts, er braucht daher in der Klage auch kein Wort darüber zu verlieren, dasselbe kommt erst durch den Beklagten in den Prozeß hinein, während er dort, streng genommen, wie die übrigen drei Momente, so auch p inbezug zu nehmen hätte".

Trotz Kenntnis dieser klaren und überzeugenden Ausführung kommt Hölder[2]) in Verwechselung von konkreter Beweispflicht und abstrakter Beweislast wieder darauf zurück, „daß die Statuierung einer Rechtsvermutung eine

[1]) Der Ausdruck Tatbestand wäre besser durch Feststellungslast zu ersetzen; siehe oben S. 93.

[2]) Hölder, Pandekten S. 383.

Aenderung bezüglich der Beweislast begründe". Sieht diese Auffassung einseitig nur auf die Partei, die schließlich beweispflichtig wird, so zeigt Planck dagegen die der unsrigen näher liegende Auffassung der Präsumtion als Beweismittel und bezeichnet sie auch direkt als Beweisregeln.[1]) Ueber die Theorie der Präsumtionen hat er sich nicht geäußert. Den ersten deutlichen Hinweis auf die Beziehung der Präsumtionen zu dem § 286, § 259 der alten Z.P.O. finden wir bei Stein,[2]) denn nach ihm normieren sie nur in Einschränkung des § 259 die Würdigung des Beweisergebnisses, . . sind also Sätze des Beweisrechts". Daß § 292 in einem engen Zusammenhang mit § 286 steht, ist auch unsere Meinung.[3]) Zu erwähnen ist noch, daß sich Fitting in seinem kleinen Lehrbuch (S. 237) an Stein angeschlossen hat mit den Worten: „mit den gesetzlichen Beweisregeln sind die Rechtsvermutungen verwandt". Nach allem glauben wir unsere Ansicht gegen die gegnerische Meinung, die Präsumtion sei eine besonders geartete Beweislastregel, hinlänglich verteidigt zu haben. Unsere Waffe war die genaue Bestimmung des Begriffes Beweislast, nach deren Gelingen die Stellung der Präsumtion im Prozesse klar war. Sie ist eine Beweisregel in dem weiteren Sinne des § 286 Abs. 2 Z.P.O.

---

[1]) J. W. Planck, Zivilprozeßrecht Bd. I S. 408, Bd. II Abteilung 1 S. 167.

[2]) Stein, Privates Wissen S. 49.

[3]) Siehe oben S. 84 ff. in § 9, in welchem wir auch Stein nach seinem neuesten Kommentar zur Z.P.O. als unserer Meinung anführen konnten.

Verzeichnis der benutzten Literatur
zugleich Verzeichnis der gebrauchten Abkürzungen.

---

1. **L. Arndts, R. v. Arnesberg,** Lehrbuch der Pandekten. 11. Aufl. Stuttgart 1883.
2. **H. Beckh,** Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1899.
3. **Fr. Bernhöft,** Zur Lehre von den Fiktionen. Weimar 1907.
4. **B. Betzinger,** Die Beweislast im Zivilprozeß. 2. Aufl. Berlin 1904.
5. **Bierling,** Artikel Rechtsvermutungen im Rechtslexikon, herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff. 3. Aufl. Bd. 3, I S. 301 ff. Leipzig 1881.
6. **N. Borst,** Ueber die Beweislast im Zivilprozeß. 2. Aufl. Leipzig 1824.
7. **F. Bunsen,** Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1900.
8. **H. Burckhard,** Die zivilistischen Präsumtionen. Weimar 1866.
9. **Raban Fhrr. v. Canstein,** Die rationellen Grundlagen des Zivilprozesses. Wien 1877.
10. **E. Danz,** Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. O. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. I, Heft 2.
11. **C. Demmler,** Das gerichtliche Geständnis von Rechtsverhältnissen. Inaugural-Dissertation. Tübingen 1895.
12. **F. Endemann,** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1903.
13. **O. Fischer,** Recht und Rechtsschutz, in Bekker und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 6. Berlin 1889.
14. **H. Fitting,** Der Reichs-Zivilprozeß. 10. Aufl. Berlin 1900.

15. **Gaupp-Stein,** Zivilprozeßordnung. 8./9. Aufl. Tübingen 1906, 1908.

16. **J. W. Hedemann,** Die Vermutungen nach dem Recht des Deutschen Reiches. O. Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. Bd. 11 Heft 2. Fischer, Jena 1904.

17. **F. Hellmann,** Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. München 1886.

18. **E. Hölder,** Pandekten. Freiburg i. B. 1891.

19. **R. v. Jhering,** Der Besitzwille. Jena 1889.

20. **G. Kleinfeller,** Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Berlin 1905.

21. **J. Kohler,** Zivilprozeß- und Konkursrecht in der Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, begründet von Fr. von Holtzendorff, herausgegeben von J. Kohler. Bd. II S. 46ff.

22. **J. Kohler,** Technik der Gesetzgebung, im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 96 S. 345ff.

23. **Fr. Leonhard,** Die Beweislast. Berlin 1904.

24. **M. Pagenstecher,** Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin 1905.

25. **J. Petersen,** Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Lahr 1904.

26. **G. Planck,** Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin 1907; 4. Bd.: Familienrecht, 3. Aufl., Berlin 1906; 5. Bd.: Erbrecht, 3. Aufl., Berlin 1908.

27. **J. W. Planck,** Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. II. München 1891.

28. **G. F. Puchta,** Vorlesungen über das heutige römische Recht. 6. Aufl. Leipzig 1873.

29. **G. W. Puchta-Th. Schirmer,** Pandekten. 12. Aufl. Leipzig 1877.

30. **A. Renaud,** Lehrbuch des gemeinen Deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig und Heidelberg 1873.

31. **L. Rosenberg,** Die Beweislast nach der Zivilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1900.

32. **L. Rosenberg,** Kritik Hedemanns in der Zeitschrift für den Deutschen Zivilprozeß Bd. 37 S. 316 ff.

33. **Sattelmacher,** Ueber die Gültigkeit und Bedeutung der gemeinrechtlichen Prozeßregel: Affirmanti non neganti incumbit probatio. Inauguraldissertation. Freiburg i. B. 1902.

34. **R. Schmidt,** Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Leipzig 1906.

35. **F. Schollmeyer,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

36. **L. Seuffert,** Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. München 1904.

37. **L. Seuffert,** Zur Revision der Zivilprozeßordnung bei Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Zeitschrift für den Deutschen Zivilprozeß. Bd. 22, S. 322 ff.

38. **J. v. Staudinger,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. München 1908.

39. **Fr. v. Stein,** Das private Wissen des Richters. Leipzig 1893.

40. **Unger,** System des Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. II. 4. unveränderte Aufl. Leipzig 1876.

41. **A. Wach,** Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1885.

42. **A. Wach,** Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Zeitschrift für den Deutschen Zivilprozeß. Bd. 29, S. 359 ff.

43. **C. G. Wächter,** Pandekten. Bd. I. Leipzig 1880.

44. **G. W. Wetzell,** System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. Leipzig 1878.